

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Étude historique des règles limitant le recours à la force en droit international

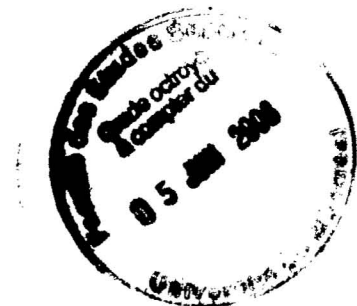
par

M. Jean-Eloi de Brunhoff

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de LL.M
en droit
option droit international

août 2007



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Étude historique des règles limitant le recours à la force
en droit international

présenté par :

M. Jean-Eloi de Brunhoff

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

M. Michel Morin
président-rapporteur

Mme Isabelle Duplessis
directrice de recherche

Mme Suzanne Lalonde
membre du jury

Résumé

Les règles actuelles limitant le recours à la force dans les relations internationales ont, pour la plupart, des origines historiques anciennes. Elles ont été façonnées par l'héritage que nous ont laissé de nombreux auteurs et de nombreuses doctrines comme la doctrine médiévale de la guerre juste.

Depuis l'Antiquité jusqu'aux développements les plus récents du droit international, en passant par le Moyen Age et les temps modernes, cette étude s'attache à mettre en lumière les sources des règles contemporaines pour aider le lecteur à mieux comprendre, aujourd'hui, le droit international relatif au recours à la force et aussi, à être mieux équipé pour juger du caractère juste ou injuste d'une guerre.

Les notions de légalité et de légitimité de la guerre ont été choisies pour passer en revue les règles en vigueur les plus révélatrices.

Mots-clé : droit, histoire, guerre, légalité, légitimité

Summary

Current rules restricting military recourse in international relationship have, mostly, old historical origins. They have been shaped by the inheritance of a lot of authors and theories, as for example, the medieval doctrine of the just war.

From Antiquity to the most recent developments of international law, through Middle Ages and Modern times, this study focuses on the historical sources of contemporary rules to help today's reader to understand international war law, and to help him to appreciate the justice of a war.

Notions of legality and legitimacy have been chosen to highlight the most revealing rules in force.

Key words : law, history, war, legality, legitimacy

Table des matières

Première partie : Guerre et légalité

p. 7

I. Le principe conventionnel d'interdiction du recours à la force..... p. 7

§1. Les doctrines pacifistes..... p. 7

§2. L'obligation de règlement pacifique des différends..... p. 10

§3. Le principe d'interdiction du recours à la force..... p. 19

A/ L'intervention armée pour le maintien ou le rétablissement de la paix..... p. 23

B/ Les difficultés d'application du principe d'interdiction du recours à la force..... p. 33

II. Les conditions procédurales de la guerre..... p. 39

§1. L'autorité qui décide la guerre..... p. 40

A/ *L'Auctoritas principis* p. 40

B/ L'ONU, responsable de la paix et de la sécurité internationales..... p. 43

1. Le Conseil de sécurité, principal responsable du maintien de la paix et de la sécurité internationales..... p. 44

2. L'Assemblée générale et la guerre de Corée..... p. 49

C/ L'unilatéralisme et ses rapports avec le multilatéralisme onusien..... p. 53

§2. L'ultime recours..... p. 61

§3. La déclaration de guerre..... p. 68

Deuxième partie : guerre et légitimité

p. 73

I. <u>La cause légitime</u>	p. 73
§1. Dans la doctrine classique.....	p. 73
§2. Dans le droit positif.....	p. 81
A/ La légitime défense.....	p. 82
1. L'agression.....	p. 83
2. Nécessité et proportionnalité.....	p. 86
3. La légitime défense préventive.....	p. 91
B/ Autres droits coutumiers.....	p. 95
 II. <u>Une guerre justement menée</u>	p. 101
§1. Modération et intention droite.....	p. 101
§2. Le droit humanitaire : restrictions et interdictions.....	p. 108
§2.1 Le droit de La Haye.....	p. 108
A/ Limitations <i>rationae temporis</i>	p. 108
B/ Limitations <i>rationae personae</i>	p. 109
1. Avant l'époque contemporaine.....	p. 109
2. L'époque contemporaine.....	p. 111
a) L'interdiction d'attaquer des civils.....	p. 112
b) L'interdiction d'attaquer des personnes hors de combat.....	p. 114
c) L'interdiction d'attaquer le personnel en charge de la protection médicale, sanitaire, civile, ou religieuse.....	p. 115

C/ Limitations <i>rationae conditionis</i>	p. 117
1. Avant l'époque moderne.....	p. 117
a) Les moyens de combat.....	p. 117
b) Les méthodes de combat.....	p. 119
2. L'époque moderne.....	p. 121
a) Les moyens de combat.....	p. 121
b) Les méthodes de combat.....	p. 126
§2.2 Le droit de Genève au regard de l'intervention en Irak en 2003.....	p. 127
A/ Le classement des prisonniers.....	p. 127
B/ La protection des combattants.....	p. 128
C/ La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi.....	p. 129
Conclusion	p. 132
Bibliographie	p. 140

Reconnaissance très sincère à ma directrice de mémoire,
Mme Isabelle Duplessis,
qui a accompagné mes premiers pas dans la recherche.
Ils ne seront certainement pas les derniers.
Merci.

« D'où viennent les guerres, d'où viennent les conflits entre vous ?
 N'est-ce pas justement de tous ces instincts qui mènent leur combat en vous-même ?
 Vous êtes plein de convoitises et vous n'obtenez rien, alors vous tuez ;
 vous êtes jaloux et vous n'arrivez pas à vos fins,
 alors vous entrez en conflit et vous faites la guerre. »
 St Jacques¹

« Heureux ceux qui sont morts pour la terre charnelle,
 Mais pourvu que ce fût dans une juste guerre.
 Heureux ceux qui sont morts pour quatre coins de terre,
 Heureux ceux qui sont morts d'une mort solennelle. »
 Charles Péguy²

Né pendant la guerre franco-prussienne de 1870 et mort dès le début de la Première Guerre mondiale lors de la contre-offensive de la Marne, l'écrivain français Charles Péguy (1873-1914) est un symbole des déchirements européens et mondiaux qui ont marqué les siècles précédents. Comme tant d'autres, il a vécu et donné sa vie au cœur des conflits les plus meurtriers, les plus inhumains que la Terre ait connus. La Première Guerre mondiale est restée célèbre autant pour le nombre de ses morts – on en dénombre environ huit millions sept cent mille morts dans un territoire peu étendu – que pour les conditions de souffrance dans lesquelles mourraient les soldats. La Deuxième Guerre mondiale, quant à elle, fera plus 40 millions de morts civils et militaires³. Devant de tels chiffres, de nombreuses interrogations s'imposent. Face au caractère belliqueux de certains gouvernements, notre première réaction témoigne d'un certain désespoir. Comment est-ce possible d'en arriver là ? Comment a-t-on pu laisser faire cela ? Pourtant, la désillusion et le sentiment d'impuissance devant ces guerres perpétuelles ou le constat d'échec de l'humanité, sont autant de raisons pour tout mettre en œuvre afin de tenter de prévenir de telles atrocités à l'avenir. A la question « comment est-ce possible ? » doit

¹ Jc, 4, 1-2.

² Charles PEGUY, « Ève », *Œuvres poétiques complètes*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1914.

³ *Dictionnaire Le petit Larousse*, Paris, Larousse, 2006, p. 1417.

nécessairement succéder la question « que faire ? ».

Charles Péguy, tombé avec ses hommes sous les tirs allemands, avait compris l'un des moyens à exploiter pour endiguer le phénomène de la guerre. Il faut établir des règles qui interdisent, qui limitent et qui encadrent les guerres. Il faut que les sacrifices humains soient justifiés car les hommes méritent à tout le moins de mourir pour des guerres justes. C'est dans ce but que bien des théoriciens ont consacré et consacrent encore maintenant une large part de leur travail. Des auteurs antiques jusqu'aux rédacteurs de la *Charte des Nations Unies*⁴ (CNU), en passant par les théologiens et juristes du Moyen-âge et des temps modernes, nombreux sont ceux qui ont constamment et simultanément œuvré pour tenter de diminuer, ou mieux, d'éradiquer le phénomène de la guerre.

L'instrument normatif a été l'un des instruments les plus utilisés. Loin d'être exemptes de règles, les guerres ont très vite été l'objet de multiples encadrements normatifs. Toutes ces règles ne se sont pas situées sur le terrain du droit. Lois morales, religieuses, préceptes traditionnels ou chevaleresques, des normes de toute nature ont été formulées. Certaines, par exemple, régissent les causes du conflit, d'autres déterminent quelle est l'autorité capable de déclencher une guerre, d'autres encore fixent les règles de conduite à observer pendant le déroulement des hostilités. Traditionnellement, on identifie deux branches distinctes mais complémentaires au sein du droit relatif au recours à la force ou *justum bellum* : le *jus ad bellum*, réunissant les principes juridiques encadrant le déclenchement des hostilités et régissant la période antérieure à la guerre ; et le *jus in bello*, rassemblant les principes juridiques encadrant le déroulement des conflits. A ces deux branches, l'on peut ajouter également celle du *jus post bello* qui a trait, quant à elle, aux règles organisant la fin du conflit et la période postérieure à la guerre.

A l'heure actuelle, le droit positif des conflits armés a sensiblement évolué par rapport à ce qu'il était il y a quelques décennies. La création de l'Organisation des Nations Unies a bouleversé le droit de la guerre classique et, en particulier, le *jus ad bellum* qui, originellement, s'adressait aux princes ou chefs d'Etats. Le recours à la force a été retiré de leur compétence par la *Charte des Nations Unies*. Cette interdiction a remplacé, en quelque sorte, le *jus ad bellum* traditionnel par la procédure d'autorisation d'intervention octroyée par le Conseil de sécurité, responsable principal du maintien de la paix et de la sécurité internationales selon l'article 24 de la Charte. Le *jus in*

⁴ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R. T. Can. 1945 n° 7, (entrée en vigueur : 24 octobre 1945) [CNU], art. 2 §4.

bello, quant à lui, est généralement réduit à la seule observance des traités de droit humanitaire.

Pourtant, ces deux branches traditionnelles renvoient à des principes bien plus anciens et plus nombreux que ceux qui doivent régir les relations internationales actuelles. Ils avaient été élaborés par les réflexions de nombreux auteurs, surtout des auteurs médiévaux dans leurs théories relatives à la *guerre juste*. Dans ce travail, consacré à l'étude des origines des règles encadrant le recours à la force, certains auteurs seront donc régulièrement cités, comme Cicéron, St Augustin, St Thomas d'Aquin, Vitoria ou encore Vattel. Parmi ces derniers, précisons d'emblée qu'il sera fait à Vitoria, « le grand théologien de la guerre »⁵ une place de choix en raison du volume et de l'influence de ses développements ainsi que de la précision de ses théories. Ce sont ces doctrines qui ont principalement encadré le recours aux armes entre princes étrangers jusqu'aux codifications récentes de la fin du XIX^{ème} siècle et du XX^{ème} siècle, qui en sont, au moins partiellement, l'expression écrite. Une étude détaillée des principes contemporains sans approche historique nous aurait donc semblé d'une part, tronquée, d'autre part, moins compréhensible. Le droit international des conflits armés ne commence pas au XIX^{ème} siècle et ne se réduit pas seulement aux dispositions de la *Charte des Nations Unies*. Il est l'héritier de plusieurs siècles de théories, de pratiques, de grands projets. Grâce à cette approche historique, nous tenterons ainsi de mieux connaître ce qui, aujourd'hui, nous vient de loin.

Lorsqu'un conflit éclate, il suscite des réactions d'une multitude d'individus : populations concernées, organisations internationales, organisation non gouvernementales, doctrine, etc. Ces réactions se situent généralement sur deux terrains. D'aucuns contestent fréquemment la légalité de la guerre : par exemple, celle-ci n'a pas été déclenchée dans les formes, elle n'a pas respecté la procédure des Nations Unies, ou encore elle viole l'interdiction du recours à la force de l'article 2§4 de la *Charte des Nations Unies*. D'autres s'élèvent contre le caractère injuste ou illégitime de la guerre. Ils en contestent donc la légitimité. Ses causes ne sont qu'une accumulation d'intérêts financiers ou stratégiques, les actions menées sur le terrain violent les considérations élémentaires d'humanité ou de morale, ou encore, elle s'est terminée par un traité de paix d'une injustice insupportable. Ces deux concepts – la légalité et la légitimité de la guerre – sont régulièrement invoqués par ceux qui veulent faire obstacles aux conflits armés. La contestation d'une guerre sur des critères de légalité repose d'abord sur des considérations d'ordre normatif et

⁵ Bruno de SOLAGES, *La théologie de la guerre juste : genèse et orientation*, Paris, Desclée de Brouwer 1946, p. 49. « C'est parce qu'il s'est passionné pour le problème, qu'il n'y a pas vu simplement une question d'école, mais un drame vivant, que Vitoria a été vraiment le grand théologien de la guerre. »

procédural. Elle s'adresse à la raison objective : il faut respecter les règles qui interdisent par principe les guerres et il faut respecter les règles qui régissent le déclenchement des interventions militaires autorisées. Ainsi, l'intervention militaire sera légale ou ne sera pas.

La contestation d'une guerre sur des critères de légitimité repose sur des considérations plutôt morales, ou des considérations qui font davantage appel à la notion d'équité ou de justice. Elle s'adresse à l'appréciation morale de la raison : il faut que la guerre ait une cause juste et recherche ultimement un bien ; il faut que les combattants respectent certains préceptes moraux pour ne pas commettre d'injustices. Sinon, la guerre sera illégitime, c'est-à-dire, contraire à la raison morale, à la justice, à l'équité. Ces conditions de légitimité, trouvèrent d'abord leur force sur le terrain des obligations morales de la conscience ou du comportement religieux, puis, pour la plupart, furent consacrées par des conventions juridiques depuis le XIX^{ème} siècle. Elles forment donc aujourd'hui des principes conventionnels au même titre que les conditions de légalité de la guerre.

Séparés pour les besoins de l'étude, les concepts de légalité et de légitimité ne le sont pas et ne doivent pas l'être en théorie comme en pratique. Ils sont complémentaires et interdépendants. Nous avons choisi de les distinguer toutefois, même si cette distinction peut paraître obsolète, car ils ne désignent pas exactement la même chose et impliquent des conséquences normatives différentes. Aujourd'hui, on associe trop souvent la légitimité à la légalité. Ainsi, une guerre sera déclarée légitime si elle est approuvée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. En dehors de ce dernier, il n'y aurait donc pas d'espace pour un autre système d'appréciation du caractère juste d'une guerre ; en conséquence de quoi, si le Conseil de sécurité décide qu'une intervention doit être menée, elle sera, du même coup, légale et légitime. Pourtant, il semble qu'un grand nombre de guerres se décident, se déroulent et se terminent hors des instances de l'ONU. Comment faire pour apprécier la justice d'une guerre dans les cas où le système d'autorisation du Conseil de sécurité est mis hors-jeu ? Dans un pareil cas, il faudra alors nécessairement dissocier légalité et légitimité car une guerre illégale pourrait être légitime. Et inversement, une guerre légale pourrait être illégitime.

En outre, les guerres internationales ne sont pas d'abord un phénomène juridique mais politique, voire moral. Ce phénomène résulte simplement d'un conflit humain, territorial ou autre entre deux Etats, ou de la poursuite, par un gouvernement, d'intérêts politiques, économiques, militaires ou humanitaires. Le droit n'est qu'un moyen qui est employé pour tenter d'endiguer le

phénomène de la guerre en en limitant les effets. Le concept de légitimité, que nous entendons dans le sens de ce qui est conforme à la raison morale, à la justice ou à l'équité, permet donc une appréciation politique ou morale de la guerre. Une guerre légitime sera une guerre que justifient la morale plutôt que le droit, la justice plutôt que la loi. C'est ce qui fait l'une des difficultés majeures de cette approche puisque se pose alors la question de l'universalité de la morale ou de la justice et de leurs critères de définition. Comment apprécier de façon commune la justice d'une intervention ? Existe-t-il des normes de références universelles ? Les auteurs de la doctrine de la guerre juste n'ont pas fondé leurs critères sur des considérations juridiques. Ils ont postulé l'existence de certaines références universelles (morales, religieuses) pour discerner le bien du mal ou celui qui était dans son tort de celui qui ne l'était pas : par exemple, l'honnêteté ou la malhonnêteté, la prudence ou la précipitation, la clémence ou la férocité dans l'action, etc. A travers l'étude historique des règles limitant le recours à la force dans les relations internationales, l'on verra quels sont, à l'heure actuelle, les critères de référence pour apprécier la justice d'une guerre.

Parce que toutes les règles du *jus ad bellum*, du *jus in bello*, et du *jus post bello*, s'articulent autour des notions de légalité et de légitimité et parce que ces deux notions permettent de porter un jugement juste et complet, elles nous serviront de supports pour, d'une part, étudier les origines historiques des règles actuelles, et d'autre part, passer en revue les différents critères qui peuvent faire qu'une guerre soit une juste guerre. Elles permettront de ne pas tomber dans l'écueil de ce que l'on pourrait appeler l'« hyperjuridisme », qui se bornerait à étudier uniquement le droit de la guerre positif pour n'apprécier une intervention armée qu'en fonction de sa légalité. On pourra ainsi mieux juger ultimement de la justice d'une guerre, en fonction de sa soumission aux conditions de légalité et aux conditions de légitimité. Jugement et justice font certes appel à la subjectivité. Que l'on ne s'en étonne pas : toutes les guerres échappent par essence à l'objectivité ou à l'universalité du droit. *Jus ad bellum* et *jus in bello* ont deux buts profonds : ils visent tout d'abord à éradiquer, à terme, le phénomène de la guerre ou au moins à diminuer le nombre de conflits, et ensuite, à rendre ceux-ci plus justes en attendant de les faire disparaître. Ces corps de règles ne cherchent pas à faire de la guerre un problème purement juridique qui appellerait une solution elle-même juridique. Ainsi pourra-t-on mieux comprendre la citation de Charles Péguy, louant le sacrifice des hommes et femmes morts pour une *juste guerre* : il n'était évidemment pas question de louer le sacrifice d'hommes et de femmes morts

pour une *guerre bien juridique*. Les normes ne sont que des moyens de rendre les guerres plus justes mais la justice des guerres s'apprécie d'abord par un exercice subjectif de la raison. La distinction entre légalité et légitimité permet donc de ne pas confondre les deux notions quand une action sera jugée légale car elle ne sera pas forcément pour autant légitime. Cette distinction permet également de classer les règles en fonction de leur objet – leur but étant de limiter les guerres. Certaines posent des conditions ou des interdictions légales, procédurales et objectives, comme des interdictions, d'autres posent des conditions plutôt morales ou subjectives, traduites aujourd'hui en obligations juridiques pour la plupart.

Sans pouvoir étudier toutes les règles et théories imaginées depuis des siècles, nous nous concentrerons sur celles qui ont façonné le droit international contemporain, et qui sont encore en vigueur d'une manière ou d'une autre. Nous pourrions ainsi mettre en lumière les relations entre les doctrines passées et le droit contemporain. L'Antiquité gréco-latine, les doctrines médiévales, en particulier celle de la *guerre juste*, et certaines doctrines des temps modernes seront les principales sources historiques de l'étude. L'étude aura pour objet d'examiner, d'une part, les normes qui établissent des conditions propres à donner à la guerre sa légalité (première partie). Il y sera question des interdictions de recourir aux armes ainsi que des règles qui déterminent la justice du déclenchement de la guerre : qui peut la déclencher et comment. D'autre part, l'objectif sera d'examiner les normes qui établissent des conditions qui ont davantage pour objet de donner à la guerre sa légitimité (deuxième partie). Seront ici analysées les règles déterminant les critères d'une juste cause de guerre ainsi que les règles établissant les conditions nécessaires d'un juste déroulement des conflits.

PREMIERE PARTIE

GUERRE ET LEGALITE

Comment la guerre, déchaînement des passions, lieu de violences, de morts et de destructions, pourrait-elle être soumise au droit ? N'est-elle pas plutôt un fait incontrôlable et exempt de tout encadrement juridique dont les seules règles sont militaires ou stratégiques et dont le seul but est la victoire ou la survie ? Paradoxalement, il n'en est rien. Les guerres, et surtout leur déclenchement, n'échappent pas – ou pas complètement – à l'emprise du droit et de la procédure : d'une part, aujourd'hui, les guerres dans les relations entre Etats sont interdites par le droit international conventionnel⁶ ; d'autre part, depuis toujours, les guerres ont été soumises à certaines conditions légales pour pouvoir être admises. Deux aspects de la légalité des guerres seront donc étudiés : le principe conventionnel de l'interdiction du recours à la force en droit international (I) et les règles procédurales auxquelles la guerre est soumise (II).

I. LE PRINCIPE CONVENTIONNEL D'INTERDICTION DU RECOURS A LA FORCE

Nous verrons comment le principe d'interdiction du recours à la force a été façonné au cours des siècles, en passant par les doctrines pacifistes (§ 1), la mise sur pied de l'obligation de règlement pacifique des différends (§ 2), ce qui a favorisé sa consécration en droit international conventionnel (§ 3). Ces trois mouvements se sont mutuellement influencés et complétés.

§1. Les doctrines pacifistes

Il convient d'étudier en premier lieu le courant des doctrines pacifistes – qui va le plus loin en termes d'interdiction du recours aux armes – car il n'a jamais été en vigueur comme principe de droit international et ne le sera certainement jamais en raison des dangers qui lui sont inhérents. Ce courant de pensée est issu des préceptes chrétiens tirés de l'enseignement de la

⁶ *Charte des Nations Unies*, précitée, note 4.

Bible⁷. Le contenu de cette doctrine tient essentiellement à l'interdiction de porter les armes pour quelque cause que ce soit. La guerre est condamnée et moralement interdite car elle est considérée comme un mal absolu qu'on ne saurait en aucun cas justifier. Mais bien que chrétienne d'origine, la doctrine pacifiste a cependant très vite été récusée par l'Eglise catholique qui, par l'intermédiaire des auteurs comme St Ambroise de Milan ou St Augustin, a su justifier le recours aux armes dans certaines situations. La mouvance pacifiste a trouvé de nombreux représentants jouant sur différents registres. Certains moralistes, comme Erasme (1467-1536) ou son ami Saint Thomas More (1477-1535), restèrent célèbres dans leur engagement en faveur du pacifisme. Largement laïcisée, cette doctrine fut également érigée en système de relations internationales d'abord par le *Projet pour assurer la paix perpétuelle en Europe*⁸ de l'abbé de Saint-Pierre (1658-1743), par le *Plan pour une paix universelle et perpétuelle*⁹ de Bentham (1748-1832), et surtout par le *Projet de paix perpétuelle* de Kant (1724-1804) écrit en 1795¹⁰.

De nos jours, le pacifisme a quasiment disparu en doctrine, même s'il a eu une part d'influence sur les grands mouvements de construction des systèmes de sécurité collective comme celui de la Société des Nations en 1920 ou des Nations Unies en 1945. L'on ne saurait considérer toutefois que ces systèmes ont consacré les doctrines pacifistes, loin s'en faut, puisque, nous le verrons, le recours à la force n'est pas absolument interdit. Aujourd'hui, on

⁷ On citera par exemple le V^{ème} Commandement : « Tu ne tueras pas », (*Deutéronome* 5, 17) ; ou l'exhortation de Jésus : « Je vous dis de ne pas riposter au méchant ; mais si quelqu'un te gifle sur la joue droite, tends-lui encore l'autre », (*Matthieu* 5, 39), ou encore, « Heureux les pacifiques » (*Matthieu* 5, 9).

⁸ Jean-Jacques Rousseau le reprend avec enthousiasme dans un commentaire sur l'œuvre de l'abbé de Saint-Pierre : « Nous venons de voir que tous les prétendus inconvénients de l'état de confédération, bien pesés, se réduisent à rien. Nous demandons maintenant si quelqu'un dans le monde en oserait dire autant de ceux qui résultent de la manière actuelle de vider les différends entre prince et prince par le droit du plus fort : c'est-à-dire, de l'état d'impolice et de guerre qu'engendre nécessairement l'indépendance absolue et mutuelle de tous les souverains dans la société imparfaite qui règne entre eux dans l'Europe. » Jean-Jacques ROUSSEAU, *Extraits du projet de paix perpétuelle de Monsieur l'abbé de Saint-Pierre*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1761.

⁹ Le plan repose sur deux axes inséparables : « la réduction et la fixation des forces armées des différentes nations qui forment le système européen » et « l'émancipation des dépendances lointaines de chaque Etat ». En plus de la limitation des forces armées, Bentham prévoit création d'une « Cour de justice universelle » afin de vider les différends entre les nations, mais sans pouvoir de contrainte. Jérémy Bentham, « Plan pour une paix universelle et perpétuelle », in Frédérique RAMEL, *Philosophie des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002.

¹⁰ Emmanuel KANT. « Projet de paix perpétuelle », *Principes métaphysiques du droit*, Paris, Ladrance, 1837, art. I, II, III, p. 288-304. Le système de Kant serait garanti tout d'abord par une Constitution républicaine propre à chaque Etat. c'est-à-dire, une constitution qui sépare les pouvoirs législatif et exécutif, avec un gouvernement représentatif. Ensuite, les Etats devraient s'organiser en une fédération à la manière des individus qui, à l'Etat de nature, se sont rassemblés en société pour garantir leur sécurité à tous. Enfin, chaque individu devrait pouvoir jouir d'un droit d'hospitalité cosmopolitique valable partout dans le monde. Ainsi, il pourra voyager partout sans être traité comme un ennemi en vertu du principe de possession commune de la surface de la Terre. La paix perpétuelle pourrait être garantie et le genre humain se rapprocherait d'une constitution cosmopolitique, dernier échelon du système du philosophe de Königsberg.

retrouve encore certains aspects du pacifisme originel lorsque, par exemple, les objecteurs de conscience refusent de faire leur service militaire ou de partir à la guerre. Les gouvernements mettant en place des alternatives au service militaire, comme les services civils ou humanitaires, en sont quelques illustrations.

Ces idées reposent sur de belles aspirations et de nobles idéaux. Mais elles ont toutefois des limites inévitables, tirées de la pratique des relations internationales et de l'appétit insatiable des hommes pour la domination ou les richesses. Il faudrait en effet, pour que le pacifisme soit une règle de droit international, que tous les Etats décident d'y recourir consciencieusement et de s'amender définitivement. La vulnérabilité de celui qui adopterait une telle conduite risquerait fort, en effet, de provoquer chez les autres un désir de domination plus grand ou de provoquer des conflits internationaux entre les puissances animées d'ambitions cupides. Et c'est pourquoi l'on voit mal un jour un Etat décider d'abandonner l'utilisation de son arsenal militaire sans avoir en échange des garanties réciproques.

Un aspect de cette doctrine pacifiste n'en doit pas moins retenir notre attention et a été réinvesti à fond depuis plusieurs décennies, notamment par l'Eglise catholique qui est une héritière majeure de la doctrine de la guerre juste. Il s'agit de la volonté déterminée de lutter pour trouver des moyens pacifiques pour résoudre les conflits. On peut identifier dans l'histoire beaucoup d'exemples de victoires non-violentes. Ainsi, sans parler des victoires mémorables de certains peuples luttant pour leur indépendance aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles – l'Inde de Gandhi en est l'exemple le plus célèbre –, on peut relever par exemple le cas de la « Révolution de velours » de l'ancienne Tchécoslovaquie en décembre 1989 qui provoqua la chute de l'emprise communiste dans ce pays et l'amorça dans bon nombre d'autres Etats satellites (l'exemple de la révolution de velours cadre moins bien avec les autres qui accentuent le rôle de l'Eglise catholique). L'exemple des Philippines en 1986 est particulièrement frappant. Quelques jours après l'élection présidentielle, l'épiscopat de ce pays publia des preuves relatives au trucage de l'élection, rejetant ainsi la légitimité du gouvernement. Les évêques ont alors invité le peuple à protester mais n'ont, en aucune façon, appelé à la révolte armée ou violente¹¹. Leur appel fut entendu par le peuple philippin, et quelques jours plus tard, peu après une mobilisation massive qui resta totalement non-violente, le dictateur Marcos était renversé. L'Eglise appelle de plus en

¹¹ CONFERENCE EPISCOPALE DES PHILIPPINES, *La Documentation catholique*, Paris, Bayard presse, 20 mars 1986, n° 1914, p 321. « Nous n'appelons pas à des moyens sanglants, violents pour corriger ce mal. La voie qui nous est indiquée est celle du combat non-violent pour la justice. »

plus à la « résistance passive » ainsi que l'exprime la Conférence épiscopale des Etats-Unis en 1994 : la non-violence chrétienne « consiste dans l'engagement de résister à une injustice manifeste et au mal public par des moyens autres que la force. Cela comprend le dialogue, les négociations, les protestations, les grèves, les boycotts, la désobéissance et la résistance civiles »¹². L'Eglise d'aujourd'hui, comme celle du Moyen Age qui a vu naître la doctrine de la guerre juste, ne prône cependant pas un principe d'interdiction absolue de la guerre et admet que certaines situations puissent justifier le recours à la force, qui pourrait être un moindre mal. Ce fut l'un des sujets de réflexion de Saint Augustin qui s'efforça de concilier les tendances pacifistes des premiers chrétiens avec les nécessités tirées des réalités humaines. Ce serait en effet donner son consentement au mal que de ne pas agir pour le neutraliser, au besoin avec la force¹³.

§2. L'obligation de règlement pacifique des différends

Avant de se pencher sur ce que certains appellent parfois « la clé de voûte » du droit international, l'interdiction du recours à la force de l'article 2§4 de la *Charte des Nations Unies* de 1946, il convient d'étudier d'abord son corollaire : l'obligation de règlement pacifique des différends internationaux. En effet, les premiers auteurs cherchant à encadrer le phénomène de la guerre n'ont pas voulu l'interdire absolument. La plupart d'entre eux, ceux de l'Antiquité mais surtout ceux qui ont mis au point la doctrine de la guerre juste au Moyen Age, admettaient la guerre sous des conditions strictes. L'interdiction de principe du recours à la force n'a été formulée que tardivement ou dans le cadre des doctrines pacifiques. L'étude de la consécration de ce principe par la *Charte des Nations Unies* sera donc précédée de l'analyse du cheminement de l'idée d'obligation de règlement pacifique des différends à travers plusieurs siècles.

¹² CONFERENCE EPISCOPALE DES ETATS-UNIS, « Le fruit de la justice semé dans la paix », *op. cit.*, note 9, 20 février 1994, n° 2088, p 177.

¹³ St AUGUSTIN, *Contre Fauste*. XXII, ch. 74, n° 350, http://www.abbaye-saint-benoit.ch/saints/augustin/polemiques/manicheens/fauste/fauste22.htm#_Toc29119276 (dernière consultation : février 2008).

Raisonnement repris par Hugo GROTIUS, *Droit de la guerre et de la paix*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, livre I, ch. II, 7.

St Augustin justifie son propos par des passages de la Bible qui ne paraissent pas condamner le recours aux armes. Ainsi Jean-Baptiste ne condamne pas le service militaire en affirmant aux soldats : « Ne faites ni violence ni tort à personne et contentez-vous de votre solde » (Luc 3, 14). De même. Jésus loua la foi d'un centurion de l'armée romaine (Luc 7, 8). Et Saint Pierre baptisa le centurion Corneille (Actes 11, 4).

Dans l'Antiquité et longtemps au Moyen Age, la guerre était normale et la paix était généralement temporaire et éphémère. Il ne faut donc pas s'étonner de ce que l'interdiction absolue de la guerre n'ait pas été formulée très rapidement. La pratique de l'arbitrage était toutefois courante chez les Grecs, ce qui montre une certaine affection des pratiques de règlements pacifiques des différends. Le professeur Robert Redslob estime même que l'institution se développe alors sur une large échelle¹⁴. Déjà certaines histoires mythologiques racontent des épisodes d'arbitrage. Ainsi, Poséidon en conflit avec Hélios sur la région de Corinthe seraient allés trouver Briarée. Celui-ci aurait accordé à Poséidon l'isthme et à Hélios, la ville elle-même¹⁵. L'arbitrage semble donc être répandu déjà à cette époque, ce qui montre un certain penchant pour le principe du règlement pacifique des différends, malgré la prédilection des peuples hellènes pour l'usage des armes. Les questions en litige concernent principalement des démarcations de frontières, la possession de fleuves, de sources, d'îles. Certains litiges ont aussi pour objet le commerce et les privilèges de port. Les injures ou violations d'un pacte font également et régulièrement l'objet de procédure d'arbitrage.

La fonction d'arbitre revient le plus souvent, selon Hérodote, à une puissance amie¹⁶, c'est-à-dire, généralement, une autre cité. Redslob indique alors que « l'Etat invoqué délègue alors son mandat à un petit conseil d'experts ou à une grande assemblée de plusieurs centaines de citoyens qui est censée interpréter l'opinion populaire. »¹⁷ L'Oracle de Delphes, un roi, un tyran, une personnalité publique en vue, un poète ou même un athlète peuvent être invoqués¹⁸. Le premier cas historique d'arbitrage a lieu vers 650 av. J.C. Il opposait Chalcis et Andros au sujet d'Achante, ville de Thrace. Le litige fut confié au jugement des Erythréens, des Samiens et des Pariens¹⁹. Mieux connu, l'arbitrage entre les cités de Lacédémone et Argos en 420 av. J.C. est demandé par cette dernière lors des négociations de paix, à propos de la terre de Cymuria. De nombreux traités d'arbitrage entre les villes sont passés.

¹⁴ Robert REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1923, p. 84. L'auteur appuie ses propos sur la table et l'historique complet des arbitrages grecs dans Anton H. RAEDER, *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Paris, Christiania, 1912, p. 8 et suiv.

¹⁵ A. RAEDER, *op. cit.*, note 14, p. 143.

¹⁶ HERODOTE, *Histoire*, I, 96.

¹⁷ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 86. L'auteur renvoie à Marcus N. TOD, *International arbitration amongst the Greeks*, Oxford, Oxford University Press, 1913, p. 96 et suiv.

¹⁸ *Id.*, p. 86-87. Redslob renvoie à M. N. TOD, *op. cit.*, note 17, p. 92. On a ainsi pu faire appel au poète Simonide pour juger un différend entre Hiéron de Syracuse et Théron d'Agriente.

¹⁹ A. RAEDER, *op. cit.*, note 14, p. 144.

Le cas de la Rome antique est particulier au plan du règlement pacifique des différends. Rome ne semblait pas être encline à se soumettre à la procédure de l'arbitrage. Eloquente expression du respect de la souveraineté de son adversaire, l'arbitrage n'a pas joui d'une grande pratique chez ce peuple latin qui ne considérait pas les étrangers comme leurs égaux. « Se proposant de soumettre l'univers, elle n'avait aucune prédilection pour cette méthode soucieuse des droits d'autrui, et après avoir atteint le faîte de sa puissance, elle prétendit juger les autres peuples, mais non être jugée elle-même. »²⁰

Au Moyen Age, également, l'arbitrage est pratique courante. Il est régulièrement soumis aux bons offices du Pape ou d'un souverain supérieur comme l'empereur. C'est parce qu'il représente le Christ et qu'il est ainsi chargé de soutenir la paix sur terre, que le Pape intervient souvent dans les litiges opposants les souverains. Par exemple lors du conflit à propos de la Guyenne et la Flandre entre Philippe le Bel et Edouard 1^{er} d'Angleterre, ces princes s'en remirent au pape Boniface VIII le 27 juin 1298²¹. Généralement, on applique le principe du *judicium parium* ou jugement par les pairs. Les princes consultent des princes, les villes d'autres villes... Une figure emblématique du Moyen Age et un pays notamment sont restés très célèbres dans le domaine de l'arbitrage où ils excellaient. La personnalité la plus reconnue était le roi de France Louis IX²², « le médiateur et l'arbitre le plus célèbre du Moyen Age »²³. Le pays le plus illustre dans le domaine de l'arbitrage est la Suisse, dont l'union de ses cantons s'est réalisée grâce à « une trame de pactes fédératifs dont les nœuds sont des clauses d'arbitrage »²⁴ alors qu'auparavant les peuples helvètes ont été particulièrement friands de la guerre et du recours à la force entre eux.

Toutefois, l'arbitrage ne suffisait pas à éviter tout recours à la force. Il n'avait d'ailleurs pas vocation à éliminer la guerre qui était une pratique normale. Les premiers auteurs qui ont cherché à limiter les effets de la guerre n'ont pas été trop idéalistes ni n'ont prétendu pouvoir interdire totalement ce phénomène si courant. L'idée de l'interdiction du recours à la force a donc

²⁰ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 87. L'auteur renvoie à A. RAEDER, *op. cit.*, note 14, p. 203 et s.

²¹ Pour de nombreux exemples d'arbitrages du pape ou d'autres entités, voir R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 157 et suiv.

²² Ernest LAVISSE, *Histoire de France illustrée depuis les origines jusqu'à la Révolution*, Paris, Hachette et Cie, 1911, III, 2, pp. 89-95. Fort de la couronne la plus puissante d'Occident de l'époque et d'une très haute moralité alliée à une inlassable recherche de sainteté, Saint Louis est sollicité par les princes de toute l'Europe au sein de laquelle il réussit à instaurer la paix. Son intervention la plus célèbre est la querelle entre Henri III d'Angleterre et ses barons. Pour des exemples d'arbitrages de St Louis, voir R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 159.

²³ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 159.

²⁴ *Id.*, p. 160.

mis du temps à apparaître dans les consciences avant d'être consacrée juridiquement. Dans l'Antiquité et au Moyen Age, cette interdiction pouvait difficilement être envisagée. On en comprend la raison grâce à l'enseignement de St Thomas d'Aquin.

Si le docteur angélique, qui a codifié et systématisé la doctrine dont St Augustin avait contribué à poser les bases dans différents écrits, admettait qu'un prince puisse recourir à la force envers un autre Etat, c'était parce qu'il ne se trouvait pas dans la même situation qu'une personne privée qui, elle, « peut faire valoir son droit au tribunal de son supérieur »²⁵. L'idée d'un tribunal ou d'une autorité supérieure commune aux Etats ne se réalisera qu'au XX^{ème} siècle. St Thomas et ses contemporains ont donc cherché les moyens qu'ils avaient à leur disposition pour atténuer le phénomène guerrier. Il est vrai cependant que l'on peut regretter que l'obligation de recours à l'arbitrage n'ait pas été formulée plus tôt. Quand on connaît l'influence que ce maître de la théologie et de métaphysique a eue dans la pensée de son temps et pour la postérité, une telle idée aurait pu avoir un poids considérable sur les relations internationales de son temps. Il faudra attendre plusieurs siècles avant qu'une telle obligation soit formulée. Malgré les exemples d'arbitrage dans l'histoire, aucun théoricien n'a expressément instauré une véritable obligation juridique de vider un différend par des voies pacifistes avant le XIX^{ème} siècle.

Plus tard, les théoriciens de l'Ecole scolastique de Salamanque ont touché du doigt l'idée de l'obligation du recours à des moyens pacifiques. Son fondateur, le dominicain Vitoria (1483-1546), dont la conception de la communauté de sang entre les hommes de l'univers (l'« orbis ») et de la solidarité qui doit les unir était pourtant très forte, a plus insisté sur les moyens de règlement pacifiques comme la négociation que sur le recours à l'arbitrage en tant qu'obligation comme le feront certains de ses successeurs tels Vasquez (1551-1604) ou le jésuite Molina (1535-1600). Renommé dans toute l'Europe autant pour ses talents de professeur que pour ses dons de confesseur, Vitoria a abordé la question du recours à l'arbitrage d'un angle spirituel. Il voyait en effet la guerre comme un danger pour les biens spirituels de l'humanité et considérait donc que l'arbitrage du pape, à qui ces biens avaient été confiés par le droit divin, était une possibilité en cas de conflit entre princes. Ceux-ci pouvaient donc recourir au discernement du souverain pontife²⁶. Mais il n'insista guère davantage sur cette possibilité ni n'en fit une réelle obligation.

²⁵ St THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Paris, Cerf, IIa IIae, q. 40, I, rép. 1, p. 280.

²⁶ Francisco de VITORIA, « Titres illégitimes de la domination des Espagnols sur les Indiens », *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, Genève, Librairie Droz, 1966, p. 54 : « De même, lorsque des princes ne sont pas d'accord au sujet d'un droit de principauté et qu'ils se précipitent dans la guerre, le pape peut être juge, connaître du

En revanche, il fut beaucoup plus net quant à l'emploi de moyens pacifiques pour vider le différend. Faisant de la tentative de règlement pacifique par les moyens de la négociation et de la réflexion un critère explicite de la justice de la guerre²⁷, Vitoria s'exprime clairement en défaveur des guerres déclenchées sans être un ultime recours au conflit. Il met en place une procédure alternative pour régler les litiges entre princes afin de faire de la guerre la solution ultime. C'est ce que nous verrons au cours de la section concernant la condition d'ultime recours²⁸. Vitoria était encore éloigné de l'obligation conventionnelle de recours à l'arbitrage avec un système organisé.

Les théoriciens de la Réforme accordent également une certaine importance à l'idée de règlement pacifique. Elle est assez développée chez Grotius (1583-1645) qui, sur ce point, se détache des théories de Vitoria et y introduit des éléments de nouveauté. Il voit dans l'arbitrage ou la médiation un moyen éminemment souhaitable pour éviter les guerres et considère que « les rois chrétiens [...] sont tenus de suivre cette voie pour éviter la guerre »²⁹. Grotius appelle même de ses vœux l'organisation d'un tribunal d'arbitrage entre les princes chrétiens où ceux qui ne seraient pas en cause feraient office de juge à l'occasion des conflits de leurs pairs³⁰. Mais le diplomate hollandais ne parviendra pas complètement à finaliser ces théories en les insérant au sein d'un véritable système de droit international organisé³¹.

L'idée de médiation est présente également chez des auteurs parfois méconnus comme le pacifiste et visionnaire Emeric Crucé (1590-1648)³² ou l'abbé de Saint-Pierre (1658-1743), tous deux faiseurs, et même précurseurs de systèmes internationaux. Mais il faudra attendre le XIX^{ème}

droit des parties et porter une sentence. Les princes doivent accepter cette sentence, afin d'éviter tous les maux spirituels qui découlent nécessairement d'une guerre entre princes chrétiens. »

²⁷ *Id.*, « Leçon sur le droit de guerre », n° 55, p. 127.

²⁸ *Infra*, II, §2, L'Ultime recours, p. 61.

²⁹ H. GROTIUS, *op cit.*, note 13, liv. II, ch. XXIII, n° IX.

³⁰ *Id.*, n° IX, 4.

³¹ Contrairement à ce que l'on pourrait parfois penser, Grotius n'a pas été très novateur dans le domaine du droit international et encore moins du *jus ad bellum* et du *jus in bello*. Il a assez largement repris les auteurs le précédant, et surtout, sans le citer, Francisco de Vitoria. Grotius n'a donc pas une place très importante dans cette étude. Peter Haggenmacher, l'auteur de référence sur Grotius, déclare : « considérée en elle-même, l'œuvre de Grotius ne fait en réalité qu'achever et couronner la tradition scolastique du *jus belli* ». Plus loin : « il convient de voir dans le Traité un point d'aboutissement plutôt qu'une annonce de l'avenir. Considéré en lui même, sans tenir compte des développements engendrés par son livre, Grotius demeure tourné vers le passé. » Peter HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983, p. 615, 627.

³² Emeric CRUCE, *Le nouveau Cynée, ou Discours d'Etat représentant les occasions et moyens d'établir une paix générale et la liberté de commerce partout dans le monde*, Rennes, Presses universitaires, 2004.

siècle avant qu'un auteur, le jésuite italien Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862)³³, n'insiste fermement sur la nécessité d'établir un tribunal pour trancher les différends internationaux, et d'instaurer une véritable obligation positive de règlement pacifique des différends. Il ira même jusqu'à souhaiter l'instauration d'une force militaire commune pour amener à la raison les récalcitrants. Mais il est bien tard et les Etats ont déjà goûté à cette saveur grisante de la souveraineté et à cette indépendance jalouse vis-à-vis de toute autorité extérieure qui prétendrait dicter sa conduite au prince de l'Etat, « empereur en son royaume » selon l'expression consacrée³⁴. La doctrine classique avait dominé au Moyen Age tant qu'il existait, en Europe, une certaine autorité commune en la personne du pape ou du Saint Empereur romano-germanique. Mais elle a décliné à partir du moment où se sont constitué des Etats qui ne reconnaissaient plus aucune autorité, ni spirituelle ni temporelle. Il n'y a donc plus de pouvoir universel qui puisse apprécier ou juger les velléités internationales de chaque Etat. Le droit de faire la guerre se présente alors comme un attribut de la souveraineté étatique que les souverains ne sont pas prêts à abandonner.

Et pourtant, la communauté internationale aurait gagné en vies humaines à écouter les propositions presque prophétiques du jésuite d'Azeglio en Italie et dont l'influence reste difficile à évaluer hors du cercle des ecclésiastiques. Il faut dire néanmoins que dans ce milieu, il a certainement exercé une réelle influence dans les prises de décisions de l'Eglise en faveur des organisations internationales, de l'arbitrage et de la réduction des armements effectuées, entre autres, par les papes Benoît XV (1854-1922), Pie XI (1857-1932) ou Jean XXIII (1881-1963). Le Concile Vatican II, tenu de 1962 à 1965 et qui appellera de ses vœux « l'institution d'une autorité publique universelle »³⁵, consacra presque telles quelles les théories de Taparelli d'Azeglio.

Pour ce dernier, le conflit armé doit être la dernière solution envisageable. En ceci, il ne fait que reprendre la doctrine de la guerre juste que ses prédécesseurs avait commencé à bâtir. Cependant il ajoute, et c'est une nouveauté considérable, qu'en raison de l'égalité souveraine des Etats, le conflit doit être préalablement tranché par un Etat neutre. Et il en fait une obligation.

« On nous demandera peut-être comment on pourra reconnaître la vérité, l'évidence du dommage et du droit, quand l'une des deux nations affirme ce que l'autre nie, et

³³ Luigi TAPARELLI D'AZEGLIO, *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, Paris, Librairie internationale catholique, 1883.

³⁴ Expression devenue courante au XII^{ème} siècle, prêtée à Guillaume de Nogaret, chancelier de Philippe le Bel (1268-1314).

³⁵ CONCILE VATICAN II, « Vers l'absolue proscription de la guerre. L'action internationale pour éviter la guerre », *L'Eglise dans le monde de ce temps*, Paris, Téqui, 1965, V, 1, p. 155-156.

que l'affirmation et la négation semblent fondées sur un droit égal : nous pouvons répondre que c'est précisément l'égalité des parties qui rend l'arbitrage nécessaire ; les parties sont obligées pour vider leur querelle de recourir à des juges impartiaux qui pourront donner une décision équitable. »³⁶

L'obligation de recourir à l'arbitrage faisait de la nation neutre l'arbitre naturel des parties. Taparelli avait une très haute conception de la solidarité internationale dans la justice, et c'est pourquoi il a mis au premier plan de ses études l'organisation d'une Société des Etats. Voilà l'apport essentiel de cet auteur à la doctrine de la guerre juste : il met explicitement en relation le droit de la guerre avec cette organisation internationale dont il définira les contours précisément dans une centaine de pages³⁷. L'on voit nettement se dessiner l'idée d'une justice internationale équitable et indépendante à laquelle les Etats doivent se contraindre.

Le développement récent des institutions internationales modernes, SDN et ONU, constitue certainement un renouveau et une confirmation de la doctrine de la guerre juste. Et c'est à juste titre que Jean-Paul II pourra conclure en 1985 lors de sa visite à la Cour internationale de justice (CIJ) : « L'Eglise a constamment appuyé la mise en place d'une administration internationale de la justice », afin « d'introduire un élément d'impartialité et d'objectivité dans les relations entre Etats ». Sans voir non plus dans les institutions internationales actuelles des émanations directes et volontaires de la doctrine de la guerre juste, ce qui serait peut-être trop audacieux, l'on peut toutefois affirmer qu'elles réalisent, des siècles après, les vœux de St Thomas, Vitoria, Grotius ou Taparelli qui ont très largement contribué à la naissance et à la maturation de cette idée.

La pratique du règlement pacifique des différends deviendra de plus en plus courante. Après quelques exemples d'arbitrage entre nations au cours du XVIII^{ème} siècle³⁸, la première véritable étape de cette consécration fut l'affaire américano-britannique du navire américain

³⁶ L. TAPARELLI, *op. cit.*, note 33, n° 1337, p. 44.

³⁷ *Id.*, Livre VI.

³⁸ Le *Traité Jay* du 19 novembre 1794, signé par la Grande Bretagne et les Etats-Unis mettait en place un processus de règlement des conséquences de la guerre d'indépendance américaine en instituant trois commissions mixtes arbitrales avec un arbitre principal. Ces commissions fonctionnèrent de 1798 à 1804. Autre exemple : l'*Affaire du "Betsey"* : sentence du 13 avril 1797 à l'occasion d'une saisie de navires et de marchandises américains par l'Amirauté britannique au cours de la guerre entre les Etats-Unis et la Grande Bretagne, après l'indépendance des premiers.

sudiste l'*Alabama* en 1872³⁹ à l'issue de la Guerre de Sécession. Ce différend provoqua la première sentence juridique internationale rendue par un groupe de juristes et de diplomates à Genève⁴⁰. Elle représente en quelque sorte l'acte de naissance de l'arbitrage moderne, sorti du traditionnel recours au souverain étranger et du giron papal ou impérial. Nous ne reviendrons pas longuement sur les faits de cette célèbre affaire⁴¹ condamnant la Grande-Bretagne, officiellement neutre dans le conflit entre le Nord et le Sud des Etats-Unis pour avoir équipé et alimenté le navire sudiste aux dépens des troupes du Nord. Nous préciserons toutefois que le *Traité de Washington* de mai 1871 qui délimita les termes du litige, et l'arbitrage de l'*Alabama* ont marqué un réel tournant dans le développement de la justice internationale. Comme le remarque Mysyrowicz, « le succès de l'arbitrage de l'*Alabama* a considérablement stimulé d'autres arrangements du même type. Une centaine de différends ont été arbitrés dans les trente années qui suivirent »⁴², particulièrement aux Etats-Unis.

Entrant progressivement dans une phase de refoulement de la guerre en droit international, la création de la fébrile Cour Permanente d'arbitrage, instituée par la *Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux*⁴³, conclue à La Haye en 1899, lors de la première Conférence de la Paix, se situe dans la droite continuation d'une évolution de l'arbitrage international et des règlements pacifiques des différends⁴⁴. Cette cour est le premier mécanisme global pour le règlement des différends interétatiques. Mais à la différence de la Cour permanente de justice internationale qui sera créée en 1921, la Cour permanente d'arbitrage n'a pas de juges permanents : les parties sélectionnent elles-mêmes les arbitres et ceux-ci tiennent leurs audiences à huis clos et de manière confidentielle. En outre le recours à la Cour permanente d'arbitrage est facultatif⁴⁵.

³⁹ *Affaire de l'Alabama (Grande-Bretagne / Etats-Unis d'Amérique)*, Sentence arbitrale, Recueil des arbitrages internationaux, 14 septembre 1872, vol. II.

⁴⁰ Elle fut dirigée sous l'égide du comte suisse Sclopis, président du Tribunal arbitral, accompagné notamment du bernois Jacob Staempfli.

⁴¹ Voir l'excellent récit par Ladislas MYSYROWICZ, « L'affaire de l'Alabama », sur le site de l'Université de Genève: <http://www.unige.ch/lettres/istge/mysy/alabama.html> (dernière consultation : août 2007).

⁴² *Id.*

⁴³ *Convention pour le règlement pacifique des différends internationaux*, 29 juillet 1899, R. T. Etats-Unis 392, (entrée en vigueur : 4 septembre 1900).

⁴⁴ L'article 1 dispose : « En vue de prévenir autant que possible le recours à la force dans les rapports entre les Etats, les Puissances signataires conviennent d'employer tous leurs efforts pour assurer le règlement pacifique des différends internationaux. »

⁴⁵ L'art. 20 dispose : « Dans le but de faciliter le recours immédiat à l'arbitrage pour les différends internationaux qui n'ont pu être réglés par la voie diplomatique, les Puissances signataires s'engagent à organiser une Cour permanente

C'est ensuite le *Pacte de la Société des Nations*⁴⁶ de 1919 qui marque l'étape suivante en droit international vers l'obligation de règlement pacifique des différends. Selon le Pr. Kolb, ce pacte « constitue le premier effort d'envergure de refouler la guerre après la première guerre mondiale. »⁴⁷ Certes le Pacte contenait en lui-même les fissures qui allaient provoquer son obsolescence rapide. Cependant, l'un de ses aspects intéresse au plus haut point l'évolution du recours au règlement pacifique. Selon ce Pacte, la licéité d'une guerre dépend, notamment, du suivi préalable d'une procédure obligatoire de règlement du différend⁴⁸. En clair : une guerre ne pourra jamais être licite si son objet n'a pas d'abord été examiné par un organe international. Il faut donc, avant tout recours à la force, tenter l'arbitrage ou la conciliation dans le but de vider le litige et ainsi, éviter la guerre. Mais le Pacte n'eut pas le succès qu'escomptaient ses rédacteurs. Les grandes puissances refusèrent d'abdiquer leur droit d'utiliser la force – ils n'en étaient d'ailleurs pas absolument obligés – et précipitèrent la désuétude du Pacte et l'impuissance de la SDN à contenir les déchaînements de la Deuxième Guerre mondiale.

L'obligation de règlement pacifique s'est développée peu à peu, malgré les hésitations de ses débuts, grâce notamment à l'*Acte général d'arbitrage*⁴⁹ et à la Cour permanente internationale de justice. Cet acte fut adopté par l'Assemblée générale de la SDN en 1928⁵⁰, dans le but d'ériger une véritable obligation de recourir à l'arbitrage. Celle-ci mit un certain temps à voir définitivement le jour dans les mécanismes plus évolués de l'ONU et du chapitre 6 de la Charte. L'article 2§3 de la Charte dispose que « [l]es Membres de l'Organisation règlent leurs

d'arbitrage, accessible en tout temps et fonctionnant, sauf stipulation contraire des Parties, conformément aux règles de procédure insérées dans la présente Convention. »

⁴⁶ *Pacte de la Société des nations*, 28 juin 1919, B.S.P. (British State Papers) 112/13, (entrée en vigueur : 10 janvier 1920).

⁴⁷ Robert KOLB, *Le droit relatif au maintien de la paix internationale, évolution historique, valeurs fondatrices et tendances actuelles*, Paris, Pedone, 2005. p.21.

⁴⁸ Articles 12 à 15.

⁴⁹ *Acte général pour le règlement pacifique des différends*, 26 septembre 1928, R. T. Can. 1931 n° 4, (entrée en vigueur : 16 août 1929).

⁵⁰ L'art. 1 dispose : « Les différends de toute nature entre deux ou plusieurs Parties ayant adhéré au présent Acte général qui n'auraient pu être résolus par la voie diplomatique seront, sauf les réserves éventuelles prévues à l'art. 39, soumis à la procédure de conciliation dans les conditions prévues au présent chapitre. »

L'art. 17 dispose : « Tous différends au sujet desquels les parties se contesteraient réciproquement un droit seront, sauf les réserves éventuelles prévues à l'art. 39, soumis pour jugement à la Cour permanente de Justice internationale, à moins que les parties ne tombent d'accord, dans les termes prévus ci-après, pour recourir à un tribunal arbitral. Il est entendu que les différends ci-dessus visés comprennent notamment ceux que mentionne l'art. 36 du Statut de la Cour permanente de Justice internationale. »

L'art. 21 dispose : « Tous différends autres que ceux visés à l'art. 17, au sujet desquels, dans le mois qui suivra la clôture des travaux de la Commission de conciliation visée au chap. I, les parties ne se seraient pas entendues, seront portés, sauf les réserves éventuelles prévues à l'art. 39, devant un tribunal arbitral constitué, à moins d'accord contraire des parties, de la manière indiquée ci-après. »

différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger. » Le chapitre 6, quant à lui, consacre le devoir des parties à tout différend de *rechercher la solution, avant tout, par voie [...] de médiation, de conciliation, d'arbitrage [...] ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix*⁵¹. Ces dispositions constituent, de par les institutions et règles obligatoires qu'elles mettent en place, l'aboutissement de centaines d'années de réflexions et de tentatives.

Cette évolution relativement rapide au plan universel du principe d'obligation de recours à des moyens pacifiques et à l'arbitrage, à laquelle il faut ajouter plusieurs textes régionaux⁵², est l'œuvre de tout un mouvement de refoulement de la guerre qui ne s'est pas traduit qu'en terme d'obligation de règlement pacifique des différends. Cela aurait été bien inutile sans l'élaboration progressive d'une règle dont les racines sont également plusieurs fois centenaires, à savoir celle de l'interdiction générale du recours à la force dans les relations internationales.

§3. Le principe d'interdiction du recours à la force

La majorité des doctrines prônant, par principe, l'interdiction du recours à la force a été formulée dans le cadre des théories pacifistes déjà mentionnées⁵³ et touche au droit du désarmement international. Avant de replonger dans les siècles passés, il convient d'aborder d'emblée ce mouvement d'interdiction conventionnelle du recours à la force qui a débuté à la fin du XIX^{ème} siècle. Nous comprendrons ainsi mieux les origines lointaines de l'évolution de ce principe – considéré par la Commission du Droit international et la Cour internationale de justice comme une règle de *jus cogens*⁵⁴ – et ses exceptions.

La première étape consacrant l'interdiction conventionnelle du recours à la force dans les

⁵¹ *Charte des Nations Unies*, précitée, note 4, art. 33.

⁵² Dans le cadre du Conseil de l'Europe, une convention traduit la volonté du recours à l'arbitrage en droit international mais n'est toutefois pas encore entrée en vigueur : *Convention européenne portant loi uniforme d'arbitrage*, 20 janvier 1966, STE n° 056, (non entrée en vigueur).

⁵³ *Supra*, I, § 1 « Les doctrines pacifistes », p. 7.

⁵⁴ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DES NATIONS UNIES (CDI), *Annuaire de la Commission*, 1996-II., 50, § 1, p. 270 ; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 1986, [1986] C.I.J. rec. 14, § 190. « [l]'interdiction de l'emploi de la force constitue en soi un exemple frappant d'une règle de droit international qui relève du *jus cogens*. »

relations internationales est franchie en 1899 puis en 1907 par les deux Conférences de la Paix ayant notamment donné le jour à la Cour permanente d'arbitrage dont nous avons parlé et à la *Convention Drago-Porter* ou *Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles*⁵⁵. Cette dernière possède une certaine importance. La doctrine Drago, du nom du ministre des affaires étrangères argentin et énoncée en 1902 était une réponse au blocus et aux bombardements portuaires que certains Etats européens (l'Angleterre, l'Italie et l'Allemagne) avaient décidé d'organiser en raison de l'importance des dettes que le Vénézuéla avait contracté à leur encontre (pratique surnommée « politique de la canonnière »). Les Etats-Unis, jugèrent cette pratique inopportune sur leur continent et décidèrent, par l'intermédiaire de leur représentant, M. Porter, de reprendre à leur compte la doctrine du ministre des affaires étrangères argentin. Celle-ci visait à faire interdire l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles. Malheureusement, à ce principe manquait son corollaire nécessaire : un mécanisme alternatif de règlement des différends.

Le Pacte de la SDN tentera d'interdire certains recours à la force en vertu des articles 10, 12, 13 et 15. Le système de ce pacte reposait sur trois piliers. Premièrement – et cela constituera une des lacunes les plus importantes – le Pacte interdit certaines guerres uniquement : les guerres d'agression. Il n'y a pas d'interdiction générale de la guerre. Les autres guerres seraient donc permises Deuxièmement, la guerre est expressément considérée comme un mal social qui intéresse toute la société internationale⁵⁶. La doctrine de l'indifférence avait prévalu depuis le déclin de la doctrine de la guerre juste à partir des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles. Elle signifiait que les Etats étaient indifférents aux politiques étrangères des autres lorsqu'ils n'étaient pas directement concernés. Elle fut, par conséquent, sur le point de s'écrouler sous les coups de cette nouvelle conception de la solidarité internationale qui unit entre eux les Etats membres de cette société. Enfin, le troisième pilier dont nous avons déjà parlé est le volet arbitral. Il n'y a pas de guerre légale si elle n'a pas suivi la procédure d'examen du conflit par un organe international : le Conseil de la SDN. La guerre d'agression est donc interdite puisque, si guerre il y a, elle aurait dû être admise par l'organe en question. Le succès du Pacte de la SDN fut très mitigé. Plusieurs échecs traduisent la réticence des grandes puissances à faire confiance en cet organe alors même

⁵⁵ *Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles*, 18 octobre 1907, B.S.T. 100/314, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

⁵⁶ L'article 11 §1 du *Pacte de la SDN* déclare : « Il est expressément déclaré que toute guerre ou menace de guerre [...] intéresse la Société tout entière et que celle-ci doit prendre des mesures propres à sauvegarder efficacement la paix des Nations. »

qu'elles estimaient encore pouvoir préserver le mieux leur sécurité par leur force de frappe nationale. En outre, privée d'une interdiction générale du recours à la force et de mécanismes alternatifs obligatoires de règlement des différends, le Pacte portait en lui-même les causes de son abandon.

*Le Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale*⁵⁷, ou *Pacte Briand-Kellogg*, signé à Paris en août 1928 fut une nouvelle étape capitale dans la progression du principe d'interdiction du recours à la force. Son objectif fut de combler les fissures du *Pacte de la Société des Nations* de 1919. Selon Robert Kolb, le *Pacte Briand-Kellogg*

« constitue le tournant définitif entre un *ius ad bellum* partiel, concédé par le pacte de 1919, et le *ius contra bellum* de l'après-1928. Le pacte de 1928 constitue donc le point de non-retour entre le droit international classique, qui prend définitivement fin à travers lui, et le droit international moderne du XX^{ème} siècle, qui s'ouvre après sa première ébauche dans le pacte de 1919. »⁵⁸

Poussés par leur volonté de promouvoir l'interdiction du recours à la force après la conférence interaméricaine de La Havane de février 1928⁵⁹ qui interdit par principe l'agression, les Etats-Unis signèrent avec la France un traité d'arbitrage entre les deux nations et acceptèrent la proposition du ministre français Aristide Briand d'interdire, dans l'article premier, l'emploi de la force dans leurs relations mutuelles. Ce traité fut ouvert à la signature de tous les Etats, sur proposition du ministre américain Kellogg, et totalisa, en 1939, 63 Etats signataires. Le plus grand mérite de ce traité est de mettre la guerre hors-la-loi en tant qu'instrument de politique nationale⁶⁰. Toutes guerres sont donc prosrites. Mais seulement les guerres. Il n'est pas fait mention d'autres usages de la force ni de la menace de l'emploi des armes, ce qui constitua une indéniable faiblesse. De même, l'épithète « comme instrument de politique nationale » donne lieu à diverses interprétations possibles. Mais les progrès dus à ce pacte furent très importants. Le

⁵⁷ *Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale*, 27 août 1928, R. T. Can. 1929 n° 7, (entrée en vigueur : 24 juillet 1929).

⁵⁸ R. KOLB, *op. cit.*, note 47, p. 23-24.

⁵⁹ Le principe de non-intervention y fût affirmé malgré la position traditionnelle des Etats-Unis : « We want no aggression (...). Now what is the real difficulty ? Let us face the facts. The difficulty (...) is not of any external aggression. It is an internal difficulty (...) What are we to do when government breaks down and American citizens are in danger of their lives ? (...) Now it is a principle of international law that in such a case a government is fully justified in taking action – I would call it interposition of a temporary character- for the purpose of protecting the lives and properties of its nationals », John Lloyd MECHAM, *The United States and Inter-American Security, 1889-1960*, Texas, University of Texas Press, 1967.

⁶⁰ L'article 1 dispose : « Les Hautes-Parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles. »

droit international classique qui voulait que seul le souverain puisse déclarer la guerre prenait donc définitivement fin. Invoqué, entre autres traités, pour condamner les criminels nazis de crimes contre la paix lors du procès de Nuremberg⁶¹, ce Pacte constitua la véritable première pièce de l'édifice onusien d'interdiction du recours à la force. Absorbé par la *Charte des Nations Unies*, le *Pacte Briand-Kellogg* reste toutefois en vigueur encore à l'heure actuelle. Mais les efforts normatifs qui suivirent son adoption notamment pour clarifier le terme de « guerre » ainsi que les progrès institutionnels qui furent imaginés, ne suffirent pas à empêcher la désuétude de ce traité. Celle-ci fut précipitée par l'éclatement de l'ordre international causé par la Deuxième Guerre mondiale ainsi que l'absence de mécanismes alternatifs obligatoires.

La solution définitive a été trouvée grâce à l'article 2§4 de la CNU qui dispose que [*les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Etats*]. L'interdiction générale du recours ou de la menace de recours à la force y est clairement affirmée. Les mécanismes alternatifs sont mis en place avec un système de sanctions. Comme le rappelle la CIJ dans sa décision concernant les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* de 1986⁶², quantité de textes internationaux⁶³, régionaux⁶⁴ et de jurisprudence⁶⁵ proclament également le principe d'interdiction générale du recours à la force, confirmant ainsi l'existence d'une *opinio juris* internationale et régionale convergente.

Mais s'agit-il vraiment d'une interdiction de l'usage de la force ? Qu'est-ce qui est interdit ? Ce principe est-il vraiment un principe de droit en vigueur, entériné par la pratique ? Le droit international positif n'interdit pas tous les recours à la force. Le principe général, la clé de voûte, est le principe d'interdiction de la guerre mais il souffre plusieurs exceptions – qui dans la pratique mettent à mal sa valeur de principe – : le « droit naturel de légitime défense » de l'article

⁶¹ François de FONTETTE, *Le procès de Nuremberg*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, n° 3221, p. 51

⁶² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 189. « L'acceptation d'une telle formule confirme l'existence chez les Etats participants d'une *opinio juris* prohibant l'emploi de la force dans les relations internationales. »

⁶³ Voir notamment, *Déclaration sur les relations amicales entre Etats*, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25ème sess. (24 octobre 1970).

⁶⁴ Voir notamment *Acte final d'Helsinki de l'Union européenne*, 1er août 1975 ; *Résolution de l'Assemblée Générale de l'Organisation des Etats Africains (OEA)*, 21 avril 1972 ; *Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats*, 26 décembre 1933, Septième Conférence panaméricaine 40 N. R. G. T. 434 (1943).

⁶⁵ *Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, ordonnance du 9 avril 1949, [1949] C.I.J. (vol.4) ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54.

51 de la Charte, ainsi que l'action militaire pour le maintien de la paix décidée par l'ONU dans le cadre du Chapitre 7. Etant donné que le droit naturel de légitime défense constitue un droit inhérent aux Etats et ressort davantage de la justice naturelle que d'un droit conventionnel, il sera abordé à l'occasion de l'étude de la guerre et de la légitimité. Nous n'aborderons donc ici, sous un angle historique, que la nature et l'origine de l'exception au principe de l'article 2 §4 prévue au chapitre 7 (A), avant de nous interroger sur sa portée et son effectivité (B).

A/ L'intervention armée pour le maintien ou le rétablissement de la paix

Le principe d'interdiction du recours à la force prévu par l'article 2§4 de la *Charte des Nations Unies* souffre deux exceptions. La première est le droit naturel de légitime défense prévue à l'article 51, et la deuxième exception est l'intervention armée pour le rétablissement ou le maintien de la paix encadrée par le chapitre 7 de la *Charte des Nations Unies*. Ce chapitre, en particulier les articles 39 à 42, prévoit une série de mesures graduelles que le Conseil de sécurité des Nations Unies peut prendre dans le cas où il *constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression*. De cette manière, si le Conseil estime que des mesures n'impliquant pas le recours à la force « seraient inadéquates ou si elles se sont révélées comme telles », il peut décider d'employer la force pour rendre à la raison l'Etat condamné. Comme nous le verrons, l'article 42, ainsi que le projet originel de créer une armée onusienne, sont un aboutissement formidable, conscient ou non, venant parachever des centaines d'années de réflexion.

Dans la théorie classique de la guerre juste, il y a en germe, dès le départ, la théorie de l'intervention. Si Thomas d'Aquin ne l'exprime pas explicitement, on retrouve néanmoins dans son œuvre cette intuition géniale que d'autres après lui vont mieux développer. S'il accepte la guerre entre princes, c'est précisément parce que, pour eux, il n'y a pas d'autorité supérieure devant laquelle vider son différend⁶⁶. L'Etat agressé deviendrait par-là même le juge de son agresseur. La conclusion logique se fait donc par un raisonnement a contrario : s'il y avait eu une autorité supérieure ou un tribunal supérieur, cela annulait d'un seul coup la possibilité des princes de faire valoir leur droit par les armes. Cette conclusion que St Thomas ne pouvait vraisemblablement pas tirer compte tenu de son époque aurait impliqué la mise en place effective

⁶⁶ St THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, note 25.

d'une autorité supérieure au prince dans une société de royaumes de plus en plus épris de souveraineté. Plusieurs auteurs après St Thomas ont réfléchi à la question d'un tribunal supranational et certains ont mis en place des mécanismes alternatifs pour pallier les inconvénients liés à la souveraineté, en utilisant précisément les attributs de celle-ci. La solution alternative imaginée a été exprimée depuis Vitoria sous le vocable de droit ou devoir d'intervention.

Selon le maître de Salamanque, la communauté humaine forme une seule et même espèce, solidaire et douée communément de la raison. C'est ce qu'il appelle l'« *orbis* » (l'univers). Aussi les principes qu'il enseignera vaudront-ils à la fois pour les chrétiens et à la fois pour les Indiens ou les « infidèles » (les musulmans ou incroyants). L'un de ses grands apports est d'avoir tiré de l'ombre cette ancienne notion d'univers ou d'*orbis* que l'on retrouvait déjà chez Cicéron⁶⁷, puis chez St Augustin, sans que ce dernier n'en tire grand chose, et qui avait disparu des théories de St Thomas. Vitoria est très attaché à la justice et au bien commun, élevé au bien commun de l'univers et non plus seulement au bien commun national. C'est ce bien commun de l'univers qui va devenir, pour Vitoria, la fin ultime de toute action militaire. Ainsi, c'est l'univers qui détient l'autorité primordiale, en matière militaire, afin d'assurer son propre bien commun. Mais cette autorité, l'*orbis* ne peut l'exercer concrètement puisqu'il n'est pas organisé. Il devra l'exercer par l'entremise des princes. Pour laisser toute la force et la beauté du discours de Vitoria intact, nous en citerons un des extraits les plus éloquents.

« Pour le montrer, il faut remarquer que les princes n'ont pas seulement pouvoir sur leurs ennemis, mais aussi sur les étrangers pour les obliger à s'abstenir d'injustices, et cela, en vertu du droit des gens et de l'autorité du monde entier. Bien plus, il semble que cela soit de droit naturel : autrement, le monde ne pourrait demeurer stable si personne n'avait pouvoir et autorité pour écarter les malfaiteurs et les empêcher de nuire aux hommes de bien et aux innocents. Or ce qui est nécessaire au gouvernement et à la protection du monde est de droit naturel : c'est précisément cette raison qui montre que l'Etat a, en vertu du droit naturel, le pouvoir de punir et de châtier ses propres citoyens quand ils lui portent préjudice. Si l'Etat possède ce pouvoir vis-à-vis de ses sujets, le monde le possède sans aucun doute vis-à-vis de tous ceux qui lui portent préjudice et ne vivent pas humainement ; et il ne l'exerce que par l'intermédiaire des princes. »⁶⁸

⁶⁷ CICERON, *Traité des devoirs*, Paris, Hachette, 1870, III, 6. « Si telle est la loi de la nature que l'homme doit prendre soin de son semblable, justement pour cela même qu'il est homme, cette même loi exige nécessairement qu'il y ait pour tous un bien commun. S'il en est ainsi, la nature nous lie tous par une seule et même loi, et de nouveau, s'il en est ainsi, il nous est évidemment défendu par la loi de nature de nuire à autrui. »

⁶⁸ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 52, p. 125.

Il ajoute ailleurs : « La raison en est que le peuple est innocent et que les princes, de droit naturel, ont le droit et le pouvoir de défendre l'Univers contre toute injustice. »⁶⁹ L'auteur explicite donc une idée qui était en germe chez St Augustin lorsque ce dernier déclarait : « On a coutume de définir guerre juste celles qui punissent des injustices quand il y a lieu, par exemple de châtier un peuple ou une cité qui a négligé de punir un tort commis par les siens. »⁷⁰ Vitoria admet donc l'intervention d'un Etat pour venir en aide à un autre même si ce dernier ne l'a pas sollicité et également pour secourir une population opprimée par la tyrannie de son propre gouvernement mais jamais pour une guerre de propagande où l'on tente d'imposer une idée ou une idéologie par les armes. Ainsi que l'affirme Guillaume Bacot dans son ouvrage, la doctrine de la guerre juste

« admet parfaitement depuis Vitoria qu'un gouvernement vole au secours des opprimés, si nécessaire au mépris même de la souveraineté d'un autre Etat, en raison de la solidarité qui unit l'humanité entière. Mais en même temps, elle ne saurait faire de la propagation de la démocratie, pas plus que de tout autre objectif légitime, un motif qui justifie à lui seul une guerre, quelles que soient les circonstances »⁷¹.

La Cour internationale de justice reprendra plus tard cette idée dans ses précisions sur le principe de non-intervention dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua en énonçant que « [l]'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement ». Elle cite alors quelques exemples : « [i]l en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures. »⁷²

Pour Vitoria, n'importe quel Etat peut faire office de juge suprême et supranational face à un autre Etat non respectueux du bien commun universel. Il s'inspirait en partie de ses prédécesseurs qui, comme St Thomas, insistaient sur la nécessité de combattre le mal pour ne pas s'en rendre complice en le laissant triompher impunément. Mais il était toutefois difficile de savoir exactement, dans les théories de ce dernier, dans quelle mesure un Etat avait le droit de s'engager militairement dans un conflit qui ne le touchait pas directement. Vitoria a été pour sa part bien plus clair. Cette théorie du droit d'intervention, reprise par Grotius en des termes

⁶⁹ F. de VITORIA, *Commentaires*, n° 6, p. 281, cité par B. de SOLAGES, *op. cit.*, note 5, p. 68.

⁷⁰ St AUGUSTIN, *Questions sur l'Héptateuque*, VI, X, disponible sur le site de l'Abbaye Saint Benoit de Port-Valais : <http://www.abbaye-saint-benoit.ch/saints/augustin/questions/josue.htm> (dernière consultation : juin 2007).

⁷¹ Guillaume BACOT, *La doctrine de la guerre juste*, Paris, Economica, 1989, p. 70.

⁷² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 205.

sensiblement similaires⁷³, sera en revanche réfutée en partie par Suarez⁷⁴, le disciple le plus connu de Vitoria, qui, selon le P. Regout, aura « compris quel grave danger implique, vu la faiblesse de la nature humaine, même chez les gouvernants, le droit d'aller réprimer l'injustice en quelque le lieu du monde que ce soit »⁷⁵. Suarez n'acceptera par conséquent qu'une intervention dans un Etat étranger à la condition que ce dernier l'ait dûment sollicitée et qu'il garde la maîtrise des opérations. Notons en passant que cela ressemble sensiblement à la conception de la légitime défense collective exprimée dans l'affaire du *Nicaragua* en 1986.

« Il est clair que c'est l'Etat victime d'une agression armée qui doit en faire la constatation. Il n'existe, en droit international coutumier, aucune règle qui permettrait à un autre Etat d'user du droit de légitime défense collective contre le prétendu agresseur en s'en remettant à sa propre appréciation de la situation. En cas d'invocation de la légitime défense collective, il faut s'attendre à ce que l'Etat au profit duquel ce droit va jouer se déclare victime d'une agression armée. »⁷⁶

Au milieu du XVIII^{ème} siècle, le juriste suisse Vattel (1714-1767), considéré comme l'un des fondateurs du droit international moderne et pour qui seul un Etat agressé ou menacé d'agression pouvait faire une guerre juste, sera particulièrement véhément à l'égard de la théorie du droit d'intervention et de son instigateur Vitoria. Il écrit :

« Nous ne répèterons point ici ce que nous avons dit ailleurs de l'erreur dangereuse ou de l'extravagant prétexte de ceux qui s'arrogent le droit de châtier une Nation indépendante pour des fautes qui ne les intéressent point ; qui, s'érigeant follement en défenseur de la cause de Dieu, se charge de punir la dépravation des mœurs ou l'irréligion d'un peuple qui n'est pas commis à leurs soins. »⁷⁷

⁷³ H. GROTIUS, *op. cit.*, note 13, liv. II, chap. 20, XL, n° 1. « Il faut savoir que les rois [...] ont le droit d'infliger des châtiments non seulement pour des injustices subies par eux ou par leurs sujets, mais pour celles même qui ne les touchent point particulièrement. »

⁷⁴ Francisco SUAREZ, *De Caritate*, disp. XIII, sectio IV, n° 3. « La raison en est que le tort fait à autrui ne me donne pas le droit de venger la victime, à moins qu'elle même puisse se défendre justement et que, de fait, elle s'y applique [...]. Mais en dehors de cette disposition de la victime, n'importe qui ne peut pas s'immiscer dans ses affaires. » Cité par B. de SOLAGES, *op. cit.*, note 5, p. 79.

⁷⁵ Robert REGOUT, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, Paris, Pédone, 1935, cité par G. BACOT, *op. cit.*, note 71, p. 46.

⁷⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 195.

⁷⁷ Emer de VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Aillaud, 1835, t. 2, Livre III, §41, p. 102.

Kant également, dans une de ses conditions préliminaires de paix perpétuelle, s'inscrira en faux contre cette possibilité d'intervention puisqu'il estime qu'« [a]ucun Etat ne doit s'ingérer de force dans la constitution, ni dans le gouvernement d'un autre Etat. »⁷⁸

Mais ce qui est surprenant de la part de Vitoria c'est que, bien qu'exaltant l'autorité de l'Univers et le pouvoir de la communauté internationale ainsi que la capacité de chaque Etat à s'instaurer juge d'un autre, il ne relève pas une seule fois l'absence d'organisation de cette société internationale. Il ne signale pas non plus qu'elle devrait l'être. Vitoria ne va pas au bout du raisonnement ; ce qui a également manqué à St Thomas, alors même que le dominicain de Salamanque a complété pour une bonne part les théories de celui-ci. L'étape finale dans la conception de l'organisation d'une société universelle supérieure qui, seule, pourrait juger d'une intervention militaire en vue du bien commun de l'Univers, c'est à nouveau Taparelli qui la franchit le plus nettement, trois siècles après Vitoria.

Tout en reprenant à son compte la doctrine classique de la guerre juste, et en particulier l'idée vitorienne de devoir d'intervention d'un Etat neutre envers un Etat agressé, Taparelli introduit dans cette doctrine des éléments fondamentalement nouveaux. On a déjà vu l'élaboration de son obligation de recours à l'arbitrage mais il ne s'arrête pas là. En partant de la très haute conception, chère à Vitoria, de la solidarité des Etats dans la justice commune, Taparelli a conceptualisé en détails ce qu'il a appelé la Société des Etats, organe peu connu auquel l'on aurait pu attribuer une certaine paternité de la Société des Nations ou de l'ONU si son auteur n'avait pas été aussi méconnu. L'auteur achève le raisonnement dont l'issue mûrissait depuis des siècles.

« Dans le développement des sociétés, écrit-il, nous voyons que le pouvoir suprême passe insensiblement de la cité aux Etats, des Etats aux confédérations d'Etats ; ainsi les affaires les plus graves passent de main en main à une juridiction plus haute, à mesure que celle-ci atteint un degré de perfection suffisant pour pouvoir assurer par son autorité aux sociétés inférieures les droits qu'elles devaient, dans le principe, s'assurer à elles-mêmes par la force. »⁷⁹

Convaincu par la marche de l'Europe et par l'internationalisation du monde, Taparelli prône une société nécessairement polyarchique en premier lieu, ou « ethnarchique ». Son gouvernement doit résulter de la volonté commune des nations et peuples associés, « ethnarchie »

⁷⁸ E. KANT, *op. cit.*, note 10, I, 5, p. 282. « Aucun Etat ne doit s'ingérer de force dans la constitution, ni dans le gouvernement d'un autre Etat. »

⁷⁹ L. TAPARELLI, *op. cit.*, note 33, n° 1322, p. 39.

signifiant littéralement « gouvernement par les peuples ». Mais, selon l'auteur, cela « n'empêche pas qu'elle puisse, avec le temps et par le consentement des nations associées, être modifiées dans un sens plus ou moins monarchique »⁸⁰, ce qui peut rappeler le système onusien qui a à sa tête un conseil restreint, le Conseil de sécurité, faisant figure de directoire mondial. Taparelli définit également la nature de cette société et en établit les lois fondamentales, droits et devoirs en temps de paix et en temps de guerre. La Société des Etats possède l'autorité suprême pour décider et juger des affaires les plus graves : « [a]ussi croyons-nous que peu à peu l'on verra s'élever dans le monde une sorte de tribunal fédéral universel »⁸¹. L'on peut voir dans ces lignes différentes affirmations étonnamment prophétiques de la part d'un homme né au siècle des lumières et du triomphe de la souveraineté. L'auteur renchérit : « [d]ans l'ethnarchie, la guerre ne pourra plus se concevoir qu'entre une nation qui viole l'ordre et opprime ses voisins et l'autorité ethnarchique suprême aidée par le concours de toutes les nations associées »⁸².

Voilà sûrement autant que ce que les pères fondateurs de l'ONU ont imaginé. En lisant les objectifs visés par le jésuite italien – organisation d'une force armée internationale au service d'un tribunal international, garanties d'indépendance, etc. – la plupart des avancées de la Charte de San Francisco semblent y être. Taparelli va même jusqu'à imaginer que la Société rédige et promulgue, sur la base d'acceptations volontaires des Etats, « le code du droit international des peuples », rassemblant les droits et devoirs internationaux ainsi que les sanctions adéquates en cas de non-respect et nécessitant, au besoin, la force multinationale pour une opération de police internationale. Il est difficile de ne pas y retrouver en germe notre *Charte des Nations Unies* avec notamment les articles 39 à 42 prévoyant les sanctions en cas de non-respect des devoirs internationaux⁸³.

Aujourd'hui, il ne devrait plus y avoir en théorie de droit d'intervention puisque, comme le souhaitait notamment Taparelli, la période suivant la Deuxième Guerre mondiale a vu s'élever cette institution publique universelle, une organisation internationale d'Etats, investie du rôle de police internationale grâce à l'interdiction du recours à la force. St Thomas avait relevé l'absence

⁸⁰ *Id.*, n° 1365, p. 60.

⁸¹ *Id.*, n° 1366, p. 61.

⁸² *Id.*, n° 1377-1378, p. 67.

⁸³ Et comme pour confirmer cette impression de filiation, Taparelli voyait loin et osait affirmer à propos de l'instauration future du tribunal fédéral universel : « cela nous paraît devoir arriver infailliblement, quoique lentement peut-être ; car la vie des nations peut se compter par le nombre de siècles, comme la vie des individus se compte par le nombre de leurs années ». *Id.*, n° 1366, p. 61.

d'une telle institution. Vitoria avait imaginé une solution à cette carence par l'intermédiaire des Etats. Taparelli mettra au point un système centralisé de police internationale. Puis les rédacteurs de la *Charte des Nations Unies* mirent enfin en place cette institution internationale sous la forme du Conseil de sécurité et lui donnèrent les pouvoirs adéquats pour jouer son rôle de principal gardien de la paix et de la sécurité. La création du Conseil de sécurité se situe donc dans la droite ligne des théories anciennes.

Par ailleurs, la C.I.J. a confirmé l'interdiction de l'intervention armée d'un Etat dans un autre Etat pour soutenir une opposition politique ou militaire à l'encontre du régime en place. Dans l'affaire du *Nicaragua*, elle affirme : « le droit international contemporain ne prévoit aucun droit général d'intervention de ce genre en faveur de l'opposition existant dans un autre Etat »⁸⁴. Pourtant malgré cette décision, les politiques d'intervention demeurent très importantes et pourraient faire écho dans une certaine mesure à l'idée vitorienne de droit d'intervention. Certaines interventions sont justes car elles sont motivées par de réels soucis humanitaires ou sociaux. D'autres en revanche se fondent sur des motifs humanitaires afin, parfois, de dissimuler d'autres raisons d'intervenir. Il semble qu'aujourd'hui, le respect des droits de l'homme ou la volonté d'imposer la démocratie dans des Etats au régime politique autoritaire, soient des exemples de motifs d'interventions militaires de la part d'un Etat étranger. Les droits de l'homme sont devenus une nouvelle morale supposée universelles pour certains Etats et qui pourra légitimer une intervention militaire. Le sentiment d'incarner la justice naturelle, voire la justice divine, pourra également pousser des Etats ou des organisations à prendre les armes au nom du droit, du bien, du juste, sans même l'autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies. Ce fut le cas par exemple en Irak en 2003. Bien que l'intervention des Etats dans le territoire d'autres Etats soit interdite par l'article 2§4 de la Charte, et bien que seul le Conseil de sécurité puisse en principe autoriser une intervention militaire conforme aux normes conventionnelles communes à tous les membres des Nations Unies, une coalition d'Etats dirigée par les Etats-Unis d'Amérique est intervenue militairement en Irak en 2003. Les Etats-Unis et leurs alliés eurent toutefois la volonté de justifier leur intervention par des arguments fondés sur les dispositions du chapitre 7 de *Charte des Nations Unies*. La majorité de la doctrine considéra pourtant que ce recours aux armes ne répondait ni à l'exception du chapitre 7, ni à celle de la légitime défense prévue à l'article 51 de la Charte. L'intervention constituerait donc un acte illicite, par rapport au droit

⁸⁴ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 209.

international⁸⁵. En guise de conclusion, il sera intéressant de savoir quels sont les arguments fondés sur les dispositions du chapitre 7 et quelle est leur valeur ? Le chapitre 7 pouvait-il pertinemment être invoqué lors de cette intervention ?

Le premier argument avancé en faveur de la légalité des hostilités en Irak en vertu du chapitre 7 de la *Charte des Nations Unies* était fondé sur une interprétation particulière des résolutions des Nations Unies qui aurait permis de conclure à une autorisation implicite, antérieure à 2003, de mener une opération de rétablissement de la paix. D'abord, c'est la *Résolution 687* du Conseil de sécurité du 3 avril 1991 qui fut invoquée⁸⁶. Elle imposait la démilitarisation partielle de l'Irak après son agression contre le Koweït et était à l'origine de la cessation des hostilités entre l'Irak et la coalition internationale de l'époque. En 2003, les Etats-Unis ont considéré que l'Irak n'avait pas respecté ses engagements de démilitarisation, et rompait ainsi le cessez-le-feu. Cela autorisait du même coup une intervention de leur part. Cependant, selon les termes du professeur Auguste Mampuya, « les termes exacts de la résolution ne permettent pas une telle conclusion, il n'y est nulle part insinué que le maintien du cessez-le-feu est subordonné au respect continu de ses obligations par l'Irak »⁸⁷. Or, dans une situation dont les enjeux humains, matériels et culturels sont si importants, « une interprétation rigoureuse des termes de la résolution s'impose »⁸⁸. De surcroît, si la violation avait pu entraîner la reprise des hostilités, celle-ci aurait dû être laissée au Conseil de sécurité. La *Résolution 687* de 1991 ne peut donc pas fonder en droit l'intervention en Irak de 2003.

Une deuxième résolution du Conseil de sécurité a été utilisée de manière plus insistante par les partisans de la légalité de l'intervention en Irak. Adoptée à l'unanimité le 8 novembre 2002, la *Résolution 1441*⁸⁹ décide que *l'Irak a été et demeure en violation patente de ses obligations en vertu des résolutions pertinentes, notamment la Résolution 687 (1991) et rappelle que [le Conseil] a averti, à plusieurs reprises, l'Irak des graves conséquences auxquelles celui-ci aurait à faire face s'il continuait à manquer à ses obligations*. Étant donné les violations patentes constatées par le Conseil de sécurité, l'Irak ne se serait-il pas exposé, de lui-même, aux graves conséquences évoquées par la résolution, celles-ci pouvant être une

⁸⁵ Voir notamment, Massimo IOVANE et Francesca de VITTOR. « La doctrine européenne et l'intervention en Irak » *Annuaire français du droit international*, 2003, n° 49, pp. 17-31.

⁸⁶ *Iraq-Koweït*, Doc. off. CS NU, 1991, 2981^{ème} séance, Doc. NU. S/RES/687.

⁸⁷ Auguste MAMPUYA, « De la guerre du golfe à la guerre contre l'Irak » dans Rahim KHERAD (dir.), *Les implications de la guerre en Irak*, Paris, Pédone, 2004, p. 80.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Doc. Off. CS NU, 2002, 4644^{ème} séance, Doc. NU. S/RES/1441.

intervention armée sans autorisation explicite ? Toujours avec le Pr. Mampuya, il convient de répondre par la négative. D'une part, l'expression *graves conséquences* ne désigne certainement pas tous les moyens nécessaires, y compris le recours à la force. D'autre part, l'expression à *plusieurs reprises* signifie bien que la menace représentée par l'Irak ne constituait pas une menace de la plus haute importance ou d'une urgence extrême pour le Conseil qui ne faisait que rappeler à l'Irak des conséquences pouvant être graves. Enfin, le Conseil terminait en ajoutant qu'il *décide de demeurer saisi de la question*. Il n'était donc pas question d'une quelconque automaticité d'un recours à la force exercé par une puissance unilatéralement. L'opinion commune des membres du Conseil allait, d'ailleurs, dans ce sens⁹⁰. Il est donc clair que « rien ni dans la lettre de la *Résolution 1441*, ni dans son esprit » ne peut servir, a priori, à justifier l'intervention en Irak sur le fondement légal du chapitre 7 de la Charte⁹¹.

La question se pose également par rapport à une autorisation implicite postérieure du Conseil de sécurité et qui pourrait légaliser rétroactivement l'action de la coalition d'Etats. La résolution la plus invoquée pour soutenir que le Conseil de sécurité a légalisé *ex post* l'opération en Irak est la *Résolution 1483* de 2003⁹². En effet, celle-ci reconnaît notamment à la coalition d'Etats intervenue en 2003 *les pouvoirs, responsabilités et obligations spécifiques de ces États en tant que puissances occupantes agissant sous un commandement unifié (l'« Autorité »), en vertu du droit international applicable*. Certes, le Conseil de sécurité tire les conséquences juridiques que la situation impose. Mais dans cette reconnaissance officielle de l'*Autorité* et de ses pouvoirs et responsabilités, l'on pourrait cependant y voir une légitimation a posteriori de l'action de l'*Autorité*, et donc, une autorisation implicite rétroactive de l'intervention de 2003. Mais pour A. Mindua, il n'existe pas, dans la pratique, de précédents qui permettraient de dire que les résolutions postérieures du Conseil de sécurité constituent une légalisation a posteriori de l'intervention en Irak⁹³. Pourtant, avec le Pr. Madjid Benchikh, force est de constater que le

⁹⁰ *Procès verbal de la 4644ème séance*, 8 novembre 2002, S/VP. 4622, pp. 4-9, 14.

⁹¹ A. MAMPUYA, *loc. cit.*, note 87, p. 82.

⁹² *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Doc. off. CS NU, 2003, 4761ème séance, Doc. NU. S/RES/1483.

⁹³ Selon le Pr. Antoine Mindua, ni l'intervention de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest au Libéria et en Sierra Léone, ni celle de l'OTAN au Kosovo ne peuvent servir de précédents. « Le Conseil de sécurité n'a jamais autorisé (implicitement) une action coercitive » par une légitimation ou une légalisation a posteriori, estimait-il en 1995 à propos de l'intervention de la CEDEAO. De même, on ne peut pas dire formellement que le Conseil de sécurité ait *légalisé* l'intervention de l'OTAN au Kosovo en 1999. L'OTAN ne se plaçait pas sous les dispositions du chapitre 7 de la Charte et n'a pas voulu se référer ni soumettre ses décisions au Conseil de sécurité des Nations Unies. Ce dernier a souhaité, après coup, prendre en charge l'avenir politique du pays, mais il n'a cherché, à travers ces résolutions, qu'à prendre acte d'une situation de fait et à organiser, dans l'urgence, la

Conseil de sécurité des Nations Unies ne se borne pas strictement à reconnaître une situation de fait⁹⁴. Il va jusqu'à demander une coopération active *sous l'égide de l'Autorité d'occupation*. En outre, le Conseil approuve implicitement les objectifs de l'intervention en demandant à *tous les Etats membres de refuser de donner refuge aux membres de l'ancien régime [...] et de soutenir toute action visant à les traduire en justice*. Un peu plus tard, dans sa *Résolution 1511* du 16 octobre 2003⁹⁵, le Conseil appelle même la création d'une force multinationale sous commandement unifié *pour contribuer au maintien de la sécurité et de la stabilité en Irak*. Dix-neuf pays ont apporté des moyens humains, matériels ou financiers. Comme le souligne monsieur Benchikh,

« l'occupation se déroule donc désormais sous l'égide d'une force dont la création est autorisée par le Conseil de sécurité, agissant dans le cadre du chapitre VII de la Charte. Les Etats-Unis et la Grande-Bretagne atteignent ainsi, presque, l'objectif recherché de conférer à l'occupation de l'Irak le caractère de licéité qui semblait impossible à atteindre »⁹⁶.

Le déclenchement des hostilités en Irak ne s'est certainement pas situé dans le cadre du chapitre 7 au regard des résolutions antérieures à l'opération. Les opérations de reconstruction *post* intervention ont certes été avalisées par le Conseil de sécurité, ce qui leur donne, à elles, une légalité certaine, mais cela ne saurait conférer à l'intervention entière la légalité internationale. Dans ces circonstances, d'autres arguments seront avancés par l'administration américaine. Ceux-ci s'appuieront davantage sur des raisonnements moraux ou politiques et non sur les dispositions conventionnelles du chapitre 7 de la Charte. L'argument de la légitime défense fut invoqué par exemple. Mais il ne réussira pas non plus à emporter l'opinion internationale car l'administration américaine défendait une notion trop extensive de la légitime défense qui ne pouvait se fonder en droit. Ces autres arguments font appel à la notion de cause juste et seront abordés à ce titre dans la section de ce nom⁹⁷.

reconstruction d'un Etat en proie à la guerre civile. Antoine D. MINDUA, « L'intervention armée de la CEDEAO au Libéria : illégalité ou avancée juridique ? », *Revue africaine de droit international et comparé*, 1995, pp. 275-276.

⁹⁴ Madjid BENCHIKH, « Occupation, résistance et droit international », R. KHERAD, *op. cit.*, note 87, pp. 182-184.

⁹⁵ *La situation entre l'Irak et le Koweït*, Doc. off. CS NU. 2003, 4844ème séance, Doc. NU. S/RES/1511.

⁹⁶ M. BENCHIKH, *loc. cit.*, note 94.

⁹⁷ *Infra*, Deuxième partie, I, « La cause légitime », p. 73.

B/ Les difficultés d'application du principe d'interdiction du recours à la force

L'article 2§4 est-il mort ? Cette question provocatrice semble vouloir remettre en cause tout le système onusien de sécurité collective. A l'instar de Michael Glennon dans un article récent⁹⁸, elle mérite d'être posée. Après avoir retracé brièvement l'histoire du principe d'interdiction du recours à la force, l'on a vu comment, dans le cas irakien, le Conseil de sécurité avait été mis hors-jeu dans le processus décisionnel ayant conduit à l'intervention armée. Cet exemple d'intervention provoque une certaine remise en cause du système onusien de sécurité collective. Est-il encore d'actualité ? Est-il vraiment efficace et a-t-il encore des raisons d'exister ? Quelles ont été les conséquences de l'intervention en Irak ? Certains auteurs considèrent le principe d'interdiction du recours à la force comme obsolète, voire nul et non avenu. La doctrine de la guerre juste dans sa forme la plus évoluée ainsi que nombre de théories internationales sur la guerre insistent sur la nécessité d'une autorité supérieure pour juger du déclenchement, ou non, des hostilités. Les fondements modernes de l'ONU le confirment en centralisant la décision autour du Conseil de sécurité, consacrant ainsi la responsabilité principale du Conseil de sécurité dans le maintien de la paix selon l'article 24 §1 de la *Charte des Nations Unies*. La raison en est simple : la guerre est une chose trop grave pour être abandonnée à la seule conscience des Etats. La doctrine de la guerre juste a pu avoir une certaine autorité à une époque où dominaient simultanément une ou deux autorités supérieures capables de lui donner sens. En raison de leur autorité supranationale, les institutions pontificale et impériale ont joué un rôle essentiel pour l'existence et l'application de la doctrine à partir du Moyen Age notamment. Cependant, avec la naissance de la souveraineté et des Etats modernes, les autorités non étatiques ont été progressivement rejetées. Cela entraîna le déclin puis l'oubli de la doctrine. Comme l'a bien résumé le juriste de l'entre-deux-guerres Nicolas Politis, « la souveraineté a tué la théorie du *justum bellum*. La prétention des Etats de n'avoir à rendre aucune compte de leurs actes les a portés à revendiquer le droit de faire de leur force l'usage que bon leur semblait »⁹⁹.

Le regain d'intérêt pour la doctrine de la guerre juste autant que son renouvellement à travers le développement des institutions internationales au XX^{ème}, prennent place alors que le droit international a changé. Les Etats ont acquis de manière irréversible leur souveraineté et leur

⁹⁸ Michael GLENNON, « Droit, légitimité et intervention militaire », Gilles ANDREANI, Pierre HASSNER, *De l'humanitaire au contre-terrorisme*, Paris, Sciences po, 2005, pp. 229-247.

⁹⁹ Nicolas POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927, pp. 100-101.

indépendance vis-à-vis d'autorités extérieures qui chercheraient à leur imposer des règles ou des décisions sans leur consentement. La seule voie offerte pour un contrôle international de l'emploi de la force est donc fondée sur une acceptation volontaire. L'Etat souverain est libre d'accepter un tel contrôle ou de le refuser.

En principe, la règle de l'interdiction du recours à la force en droit international résultant de l'article 2 §4 de la *Charte des Nations Unies* fait partie du droit positif conventionnel. Il a été également reconnu comme norme de droit coutumier et de *jus cogens*,¹⁰⁰. Cependant la pratique des Etats semblerait vouloir indiquer que l'article 2 §4 ne possède pas, dans les faits, une effectivité manifeste. Il serait un principe juridique influençant les parties mais cette règle ressemblerait plus à un bel idéal qu'à la réalité sur le terrain. Même si une exception à une règle de droit international n'empêche pas cette règle d'exister et ne lui retire pas forcément son caractère de droit coutumier¹⁰¹, pour Thomas Franck, l'absence de pratique conforme à la règle de la part des Etats est telle qu'elle ôte toute effectivité au principe d'interdiction du recours, et le laisse ainsi pour « mort » selon ses propres termes.

« La pratique des Etats a si gravement mis à mal les percepts de l'article 2§4 qu'il n'en reste que des mots [...]. Dans les vingt-cinq années qui se sont écoulées depuis la Conférence de San Francisco, une centaine de conflits violents entre Etats ont éclaté. »¹⁰²

« Si une règle est enfreinte par un nombre significatif d'Etats pendant une période significative, elle cesse, pour moi, d'être du droit international. Elle peut encore, à l'instar d'une norme sociale, exercer une certaine pression sur les pratiques. Elle peut rester valide comme droit régional [...]. Elle peut être du droit *soft*, si cette expression a un sens. Mais ce n'est plus du droit international, ce n'est plus une loi à laquelle adhère la communauté internationale dans son ensemble. Si la communauté des nations se comporte comme si certaines règles n'existaient pas, elles n'existent pas, et si elles n'existent pas, elles ne lient personne. »¹⁰³

Il semble que l'interdiction de la Charte soit une exigence trop élevée par rapport aux motivations réelles des Etats. « Ce qui a tué l'article 2§4, c'est l'énorme disparité entre les

¹⁰⁰ Supra, note 54.

¹⁰¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 202. « Le principe de non-intervention met en jeu le droit de tout Etat souverain de conduire ses affaires sans ingérence extérieure ; bien que les exemples d'atteinte au principe ne soient pas rares, la Cour estime qu'il fait partie intégrante du droit international coutumier. »

¹⁰² Thomas FRANCK, « Who killed Article 2(4) ? », *American journal of international law* (AJIL), 64, 1970, p. 809.

¹⁰³ M. GLENNON, *loc. cit.*, note 98, p. 232-233.

normes qu'il visait à établir et les objectifs pratiques que les nations se donnent à des fins d'intérêt national. »¹⁰⁴ Et de conclure que « [l]'énorme corpus de "droit" international qui prohibe l'intervention [...] d'un Etat dans les affaires intérieures d'un autre et exclut l'usage agressif de la force [...] ne dit malheureusement rien de la façon dont va le monde »¹⁰⁵. De son côté, et fort de l'opinion de bon nombre d'auteurs¹⁰⁶, Anthony Arend estime que prétendre que l'article 2§4 est toujours en vigueur, c'est nier « le caractère dynamique du droit international ». Ainsi, « par leur pratique habituelle, les Etats ont retiré leur consentement » à l'article 2§4¹⁰⁷.

Ces opinions donnent à réfléchir. Aussi peut-on légitimement douter du caractère effectif du principe d'interdiction du recours à la force tant les arguments sont convaincants même envers les objections que l'on peut avancer¹⁰⁸. Au regard de la doctrine de la guerre juste, cette opinion est justifiable et pose de sérieuses questions quant à la crédibilité des organes supranationaux. Depuis le début du XX^{ème} siècle on voit se développer toute une pléiade d'organes juridictionnels chargés de dire le droit dans presque tous les domaines : Cour internationale de Justice, cours régionales et organes chargés de la protection des droits de l'homme, cour de commerce, cour des affaires maritimes, cour des affaires relatives au travail, cours pénales *ad hoc* ou même, Cour pénale internationale pour juger les criminels de guerre, etc. Pour exister, toutes ces institutions doivent arracher une part de leur souveraineté aux Etats. Ce qui ne va pas de soi compte tenu de l'importance de ce principe tant au plan international qu'au plan interne. L'autorité de l'ONU ou d'autres organisations internationales peine à se faire respecter pour différentes raisons tenant, par exemple, à la volonté des Etats de garder leur indépendance ou encore au manque de confiance dont ces institutions peuvent souffrir en raison du caractère parfois trop politique de leurs décisions ou en raison des expériences de blocages ou d'inefficacité entamant leur

¹⁰⁴ T. FRANCK, *loc. cit.*, note 102, p. 837.

¹⁰⁵ T. FRANCK, « Future implications of the Iraq conflict : What happens now ? The United-Nations after Iraq », *AJIL*, 23 juillet 2003, p. 607.

¹⁰⁶ Voir notamment Jean COMBACEAU « The exceptions of self-defence in United Nations practice », dans Antonio CASSESE, *The current legal regulation of the use of force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1986, p. 32. « [L]a communauté internationale ne croit plus au système de la Charte, [elle] est revenue en réalité à sa situation de 1945, autrement dit à l'état de nature. » Cité par M. GLENNON, *op.cit.*, note 98, p. 231.

Richard FALK, *Revitalizing international law*, Ames (Iowa), Iowa State University press, 1989, p. 96. « [L]a renonciation inscrite formellement [dans la Charte] à l'usage non défensif de la force [...] n'entrave guère les Etats. Cet affaiblissement du pouvoir restrictif de la norme se manifeste par des définitions de plus en plus larges de ce qui défensif, ainsi que par la multiplication des cas de recours unilatéral à la force par des Etats souverains. L'une des conséquences en est de transformer les règles de comportement inscrites dans la Charte des Nations Unies en vagues idéaux. » Cité et traduit par M. GLENNON, *op.cit.*, note 98, p. 231.

¹⁰⁷ Anthony C. AREND, *Legal rules and international society*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 75.

¹⁰⁸ M. GLENNON, *loc. cit.*, note 98, p. 233 et suiv.

crédibilité.

Chacune des raisons mérite d'être soulevée et détient probablement une part de responsabilité dans l'absence de respect de l'article 2 §4 de la Charte. Cependant, ce principe doit être maintenu pour permettre une évolution vers un respect plus tangible de l'interdiction de recourir à la force et vers une limitation réelle du nombre de guerres. L'on peut toutefois admettre, comme l'estime M. Glennon, que « les règles et institutions internationales supposées encadrer l'usage de la force n'ont jamais été réévaluées. Il est grand temps de le faire »¹⁰⁹. Depuis presque dix ans, les trois dernières crises majeures ont été autant d'étapes à ce que Robert Kolb considère être « le démantèlement de l'ordre onusien »¹¹⁰. La première étape fut la crise du Kosovo en 1999. Le Conseil de sécurité a été impuissant pour faire face à la crise en raison des menaces des vetos russes et chinois. Une coalition dirigée par l'OTAN tenta de trouver des justifications juridiques à l'intervention : une autorisation implicite, une autorisation *ex post*, une intervention humanitaire... Au final, l'ONU sera contournée. La deuxième étape fut l'Afghanistan en 2001. Les Etats-Unis, invoquant la légitime défense, choisirent d'agir seuls alors que le Conseil de sécurité était prêt à encadrer l'action militaire. Par la suite, alors que la légitime défense ne peut être exercée par l'Etat agressé que *jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales* (art. 51 de la *Charte des Nations Unies*) le Conseil de sécurité ne reprit pas la maîtrise des opérations après la réaction immédiate des Etats-Unis. Encore une fois, la gestion de la crise échappa à l'organisation mondiale qui ne fit qu'entériner l'opération déjà déclenchée. La troisième et dernière étape fut la crise irakienne de 2003 qui a tenté, par certaines constructions juridiques, de trouver un fondement légal à plusieurs titres et notamment, en vertu du chapitre 7 de la *Charte des Nations Unies*. Mais comme on l'a vu, une telle intervention ne pouvait se situer dans ce cadre et l'action a échappé à l'ONU qui ne fut pas considérée comme un passage obligatoire avant le déclenchement d'une guerre. L'illégalité de l'action américaine donna un coup presque fatal à l'Organisation des Nations Unies. Dès lors, Thomas Franck est fondé à dire : « the invasion of Iraq is [...] a repudiation of the central decision-making premise of the Charter system »¹¹¹ ; et plus loin : « the system stands in mortal jeopardy of being destroyed altogether

¹⁰⁹ *Id.*, p. 247.

¹¹⁰ R. KOLB, *op. cit.*, note 47, p. 49.

¹¹¹ T. FRANCK, *loc. cit.*, note 102, p. 616.

»¹¹².

Diverses propositions de réformes ont été formulées pour faire face à ces bouleversements. Une réforme du Conseil, et notamment du droit de veto, est envisagée depuis longtemps. Mais comme le souligne Kolb, « [n]ul système collectif ne peut garantir aux Etats-Unis une décision qui leur soit toujours favorable ; dès lors, le danger d'unilatéralisme persiste, précisément parce que les Etats-Unis ne semblent plus prêts à se plier à aucune décision contraire à leurs volontés »¹¹³. Il conclut donc que « l'unilatéralisme anarchique est en train de tuer le système collectif, qui fonctionnait avec beaucoup de tares, mais qui représentait certainement un moindre mal par rapport au règne de la violence incontrôlée et anarchique ». Voilà de quoi penser que l'article 2 §4 est bien mort ou en état de l'être.

Selon une étude de la Brookings Institution publiée en 1981, l'ex-U.R.S.S. avait déjà recouru au moins 190 fois à la force entre le 1^{er} juin 1945 et le 31 août 1980, et les Etats-Unis, plus de 200 fois¹¹⁴. En moins de huit mois en 1998, les Etats-Unis ont bombardé quatre pays : Serbie, Irak, Soudan, Afghanistan, en infraction à la *Charte des Nations Unies* rapporte monsieur Asfané. B. Pour¹¹⁵. A première vue, l'organisation collective de la sécurité internationale peut en effet apparaître comme une belle utopie dénuée d'efficacité et reposant sur des principes vidés de leur contenu par la pratique contraire des Etats. L'échec de la communauté internationale serait patent. Les Nations Unies n'arriveraient pas à remplir leur rôle d'autorité supranationale et les Etats n'auraient accepté d'abandonner leur pouvoir de recourir à la force que formellement mais non dans la pratique. Le principe d'interdiction du recours à la force nécessite pourtant une autorité supérieure aux Etats, capable d'édicter des sanctions à l'encontre de ceux qui ne respectent pas leurs engagements. Sans cette autorité, il n'y aurait plus aucune limite pour les Etats à leurs décisions souvent contestables de faire la guerre. Quelle conclusion faut-il en tirer ?

Tout d'abord, depuis 25 ans, les relations internationales et le rôle de l'ONU ont sensiblement changé. Le tableau n'est plus aussi noir maintenant que ne le présentait l'étude de 1981. Au contraire, selon le rapport du Pr. Andrew Mack du Human Security Center en Colombie

¹¹² *Id.*, p. 617.

¹¹³ R. KOLB, *op. cit.*, note 47, p. 52. Pour des propositions de réformes, voir <http://www.un.org/french/reform/> (dernière consultation : août 2007) et le rapport de l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Koffi ANNAN, « Renover l'Organisation des Nations Unies : un programme de réformes », A/51/950 ; ou encore <http://www.globalpolicy.org/reform/index.htm> (dernière consultation : juin 2007).

¹¹⁴ Cité par Charles ROUSSEAU, *Le droit des conflits armés*, Pédone Paris, 1983, p 536.

¹¹⁵ Asfané BASSIR POUR, « L'ONU rejette une résolution russe demandant l'arrêt des bombardements », *Le Monde*, 28-29 mars 1999.

Britannique, le nombre de guerres, de génocides et de violations des droits humains a chuté dramatiquement depuis une douzaine d'années. Ainsi, le nombre de guerres a diminué de 40% depuis 1992, et le nombre de génocides et autres massacres de 80%¹¹⁶. Selon ce rapport, plusieurs facteurs expliquent cette évolution très positive et en particulier le rôle grandissant et de plus en plus efficace des Nations Unies dans la prévention et la résolution des conflits internationaux : « Nous soutenons que l'ONU a joué un rôle d'une importance cruciale en ouvrant la voie à une forte progression des activités de prévention des conflits, de maintien de la paix et de consolidation de la paix. »

En effet, le rôle des Nations Unies n'a pas cessé d'évoluer, allant de la simple mission d'observation aux missions d'administration de territoires souverains ou de déploiement de dizaines de milliers de casques bleus à travers le monde. L'ONU mobilisait au 31 octobre 2006 pour les opérations de maintien de la paix 95.000 personnes sous sa bannière, dont 81.000 en uniforme (policiers, militaires) : un record historique¹¹⁷. Il est donc peut-être trop précoce d'affirmer la mort du principe d'interdiction du recours à la force après seulement cinquante ans de consécration juridique. Il vaut mieux adopter une approche historique pour mieux réaliser le chemin formidable qui a été parcouru, les progrès énormes qu'a accompli, bon an mal an, la société internationale depuis des centaines d'années. D'autre part, il faut être conscient de ce que les effets positifs de l'autorité de l'ONU se font sentir de plus en plus sensiblement et efficacement depuis une quinzaine d'années. Il est donc nécessaire de laisser le temps aux mentalités souveraines pour évoluer et accepter une autorité supérieure dont elles ont mis tant de temps à se débarrasser par le passé et qui demandera probablement autant de temps pour être respectée. Beaucoup d'Etats n'ont pas un siècle de souveraineté derrière eux et l'on voudrait déjà qu'ils abandonnent leur compétence militaire internationale alors que, pour arriver à ce résultat dans d'autres Etats – résultat qui est loin d'être parfait –, il a fallu des siècles de réflexions et de pratique. On constate encore certains progrès majeurs dans l'effectivité du principe d'interdiction du recours à la force dans les relations internationales. La création de la Cour pénale

¹¹⁶ HUMAN SECURITY CENTER, *Human security report 2005, War and peace in the 21st century*, Vancouver, University of British Columbia, 2005, p. 22 disponible sur <http://www.humansecurityreport.info/content/view/28/63/> (dernière consultation : août 2007).

¹¹⁷ Information disponible sur le site des Nations Unies : <http://www.un.org/french/peace/peace/faq/q11.htm> (dernière consultation : mai 2007).

internationale en 1998¹¹⁸ marque une nouvelle étape dans la lutte contre les actes d'agression commis par des personnes privées en temps de guerre. C'est un pas de plus vers un meilleur contrôle international de l'interdiction du recours à la force. Ce contrôle nécessite d'être accepté par les Etats, et notamment par la première puissance mondiale, les Etats-Unis mais on ne peut que se féliciter d'une telle évolution. Cette dernière montre clairement le changement progressif des mentalités sur la scène internationale. Le principe d'interdiction du recours à la force sera ainsi doté d'un outil particulièrement puissant permettant un meilleur respect de la part des Etats.

A elle seule, cette règle conventionnelle ne suffit pas. D'une part, elle a été formulée et consacrée tardivement. Il fallait donc préalablement mettre au point des règles pour limiter au maximum l'utilisation des armes. D'autre part, étant donné qu'à l'heure actuelle, tous les recours à la force ne sont pas interdits et que, malgré l'article 2 §4 de la Charte, certains Etats continuent de déclencher des guerres unilatéralement, il est nécessaire d'exiger certaines conditions procédurales préalables au recours aux armes en lui imposant un certain formalisme. Ces conditions tendent ainsi à rendre les guerres à la fois moins nombreuses et à la fois plus justes.

II. LES CONDITIONS PROCEDURALES DE LA GUERRE

Au nombre des conditions historiques et procédurales légalisant le recours à la force, trois règles indispensables peuvent être étudiées. Elles ont garanti, et garantissent encore, un minimum de justice dans le déclenchement des guerres qui se décident au sein de l'ONU ou non. Ces conditions ont trait à la désignation de l'entité ayant l'autorité nécessaire pour déclencher la guerre (§ 1), au processus décisionnel qui doit faire de la guerre l'ultime recours au conflit (§ 2) et enfin, à l'exigence de déclaration préalable (§ 3).

¹¹⁸ *Statuts de Rome de la Cour pénale internationale*, 18 décembre 1998, R. T. Can 2002 n° 13, (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002).

§1. L'autorité qui décide la guerre

Au premier rang des conditions relatives à la procédure de déclenchement des hostilités, il faut citer celle qui, depuis St Augustin, a toujours fait partie du corpus classique des conditions de la guerre juste et qui répond à une question fondamentale : qui peut décider de faire la guerre ? On ne peut laisser n'importe qui décider de déclencher des hostilités mortelles. Aujourd'hui, comme on l'a relevé plus haut, la question pourrait paraître obsolète au vu du quasi-monopole de l'exercice de la force par le Conseil de sécurité des Nations Unies – hormis le cas de légitime défense ou d'intervention sollicitée – et du principe d'interdiction du recours à la force. Pourtant, il n'a jamais été simple, ni dans les siècles passés, ni à l'heure actuelle, de savoir quelle entité a le droit de décider de recourir aux armes et mener la guerre.

La règle en vigueur depuis maintenant des siècles est que seule l'autorité légitime a le droit de décider d'une guerre. Les conditions de respect de cette règle ont évolué mais les principes et la pratique actuels montrent bien qu'elle reste essentielle. On se penchera sur ce que les auteurs antiques appelaient *auctoritas principis* (A) afin de bien comprendre le principe juridique contemporain qui donne à l'ONU le monopole de l'autorisation de la violence légitime. L'on verra quel est le rôle de l'ONU et comment elle opère en pratique (B). Et puisque bon nombre d'Etats n'entendent pas abandonner à une autorité supranationale leur pouvoir de décider de faire la guerre, l'on abordera aussi les interventions unilatérales non prévues par la Charte et les rapports que cette forme d'unilatéralisme entretient avec le multilatéralisme imposé par le cadre onusien (C).

A/ L'Auctoritas principis

A la question de savoir qui peut entreprendre une guerre, St Augustin, qui, bien que n'ayant traité la guerre que de manière incidente et jamais dans un exposé consacré à la question, énonce la première condition pour qu'une guerre soit juste : « l'ordre naturel exige, dans l'intérêt de la paix du genre humain que le pouvoir de la commander appartienne au prince. »¹¹⁹ L'auteur se fonde sur le respect dû à l'autorité politique à qui Dieu a confié la mission de sauvegarder le bien public et qui existe par nature dans les sociétés humaines. Les soldats doivent obéissance à

¹¹⁹ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 13, ch. 75, n° 351.

leur prince qui est le mieux à même de discerner quelles actions sont à entreprendre pour le salut commun et la sauvegarde de la paix publique. St Augustin précise que « le soldat qui tue un autre soldat, en obéissant au pouvoir légitime, n'est pas, d'après les lois civiles, coupable d'homicide ; en ne le faisant pas, il serait coupable de désobéissance et de mépris de l'autorité »¹²⁰. Seul le prince serait responsable devant Dieu d'un manque de discernement coupable. L'évêque et Père de l'Eglise admet toutefois certaines limites à l'obéissance passive des soldats car il estime qu'en cas de doute sur la justice d'un ordre reçu, le soldat doit quand même respecter son supérieur¹²¹. A contrario, si le soldat était certain de l'injustice de l'ordre, il ne devait donc pas le respecter. Mais faute de précisions, il demeure difficile de savoir exactement jusqu'où l'on doit interpréter cette idée.

Au XIII^{ème} siècle, St Thomas d'Aquin va reprendre littéralement les théories de son prédécesseur en consacrant une partie de son œuvre à la question de la guerre. Même si St Thomas aborde directement le sujet, il reste que la guerre n'est traitée que sommairement à l'occasion de ses réflexions sur la charité. Plusieurs questions resteront donc en suspens même si sa *Question 40*, intitulée « Y a-t-il une guerre qui soit licite ? » restera la référence des théologiens et juristes chrétiens pendant de nombreux siècles.

La première condition requise pour qu'une guerre soit juste est donc « l'autorité du prince, sur l'ordre de qui on doit faire la guerre ». Nous le savons, St Thomas affirme qu'une personne privée ne peut engager de guerre, car elle peut recourir au tribunal de son supérieur pour faire valoir son droit¹²². Selon cet auteur, le prince est en revanche fondé à recourir aux armes car il ne dispose pas, comme les particuliers, d'une autorité supérieure pour trancher le litige. C'est au prince, en charge de la sauvegarde de la paix et du bien public – qui se limite pour l'instant au bien public national – que revient l'ultime devoir de prendre les armes pour un motif juste. Une question vient alors rapidement à l'esprit : qui est le prince ? Quel critère permet de reconnaître un prince investi du pouvoir de faire la guerre d'un prince qui ne l'est pas ? Au Moyen Age, la société féodale était composée de princes ou seigneurs de tout rang. Pouvaient-ils tous légitimement faire la guerre ?

On ne retrouve pas trace de l'établissement d'un critère explicite chez St Thomas. Il ne dit pas qui possède effectivement ce droit dans la société de son temps et qui ne le possède pas. Il

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.*

¹²² St THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, note 25.

n'évoque pas non plus la question de l'autorité supérieure du pape ou de l'empereur pourtant chère à beaucoup de ses contemporains légistes ou théologiens. St Thomas s'en tient à des affirmations abstraites et générales, presque détachées des réalités de son temps : le prince est celui qui détient l'autorité publique, qu'il s'agisse d'un royaume, d'une cité ou d'une province.

La théorie de St Thomas et des penseurs du Moyen Age, peut donc paraître bien incomplète. Mais elle a néanmoins le grand mérite d'exister et l'on peut admirer la force et l'importance des effets de la *Question 40* dans le contrôle de l'usage de la force durant des siècles. Le manque de critères déterminant ce qu'est un Etat restera un problème persistant et personne ne réussira clairement à le résoudre sauf Vitoria. Les autres auteurs se contentèrent généralement de reprendre la condition de l'*auctoritas principis* et d'énumérer des exemples de princes capables de guerroyer sans parfaitement justifier leurs choix¹²³.

C'est donc Vitoria qui va mieux détailler cette condition formelle reprise par tous les théoriciens jusqu'à nos jours, en en établissant les critères qui reconnaissent quels sont les princes détenteurs du droit de faire la guerre. « Tout Etat a autorité pour déclarer et faire la guerre. »¹²⁴ Et il ajoute « [e]n ce domaine, le prince a la même autorité que l'Etat. [...] Mais toute la difficulté est de savoir ce qu'est un Etat et qui est prince à proprement parler »¹²⁵. Reprenant la définition aristotélicienne de l'Etat¹²⁶, il estime qu'un Etat est « une communauté parfaite », c'est-à-dire « complète ». « Est donc parfait l'Etat ou la communauté qui forme un tout par lui-même, c'est-à-dire qui n'est pas une partie d'un autre Etat, mais qui a ses lois propres, son conseil propre et ses magistrats propres. »¹²⁷ L'Etat véritable est celui qui se suffit à lui-même. Le prince de cet Etat peut donc déclencher une guerre. Même si plusieurs Etats ont le même prince comme l'Empereur, les suzerains de ces Etats n'en garde pas moins le droit de faire la guerre car la perfection ne se mesure pas au fait d'avoir un chef mais de se suffire à soi-même. C'est ainsi que Vitoria pourra donner des exemples d'Etats parfaits donnant à leur chef le droit de

¹²³ Par exemple, Vattel considère que « [l]a puissance souveraine est seule en pouvoir de faire la guerre » mais ne précisera pas quels sont les critères identifiant cette puissance. Il indiquera uniquement que « c'est dans la constitution particulière de chaque Etat, qu'il faut chercher quelle est la puissance autorisée à faire la guerre au nom de la société ». Et de rajouter : « Les rois d'Angleterre [...] ont le droit de faire la guerre et la paix : ceux de Suède l'ont perdu. » E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, § 4, p. 76.

¹²⁴ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, 22, p. 117.

¹²⁵ *Id.*, 24, 25, p. 118.

¹²⁶ ARISTOTE, *Politique*, I, ch. 1 §8, disponible sur :

<http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/politique1.htm> (dernière consultation : août 2007). « L'association de plusieurs villages forme un État complet, arrivé, l'on peut dire, à ce point de se suffire absolument à lui-même, né d'abord des besoins de la vie, et subsistant parce qu'il les satisfait tous. »

¹²⁷ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 26, p. 119.

faire la guerre : Royaume de Castille et d'Aragon, Principauté de Venise et autres Etats semblables¹²⁸.

Mais malgré les efforts de précision de certains maîtres, l'émergence des Etats souverains aura tôt fait de passer outre ce problème : les Etats-Nations se constituent alors autour de chefs détenant un pouvoir fort, de plus en plus centralisé, et dont les fonctions régaliennes comporteront désormais le droit de faire la guerre. Cette condition procédurale nécessaire pour déclencher une guerre deviendra, avec l'époque moderne, le corollaire direct de la souveraineté étatique. Le pouvoir étatique moderne ne connaît plus de concurrent au sein de la nation dont le chef s'efforcera de demeurer la seule autorité légitime, rejetant toute autorité internationale ou extérieure. L'intervention en Irak en 2003 témoigne de la persistance de cette théorie classique qui donne au chef de l'Etat de déclencher une guerre. Selon le Président américain, une coalition de 35 Etats, dont plusieurs grandes démocraties occidentales (l'Espagne ou la Grande-Bretagne par exemple) a souverainement choisi d'intervenir sans respecter la prééminence de l'ONU. Néanmoins, l'on peut se rendre compte à quel point le XX^{ème} siècle a été le témoin d'une sorte de révolution – au moins en théorie – dans la répartition des pouvoirs au sein de la communauté internationale. En effet, pour la première fois avec la SDN, puis de façon définitive avec l'ONU, une norme conventionnelle imposera aux Etats de se dessaisir de leur pouvoir souverain de faire la guerre, au profit de l'organisation internationale qui deviendra l'*auctoritas principis* moderne : le Conseil de sécurité des Nations Unies.

B/ L'ONU, responsable de la paix et de la sécurité internationale

Malgré les tentatives théoriques de certains auteurs, comme Taparelli au XIX^{ème} siècle, pour mettre au point une société internationale détentrice du pouvoir militaire international, c'est donc le chef de l'Etat qui sera investi, sans concurrence, du pouvoir de déclencher la guerre dans le droit classique des conflits armés. Cela sera le cas jusqu'à l'interdiction de principe du recours à la force dans les relations internationales et l'article 2§4 de la *Charte des Nations Unies*. En principe, il n'y a d'autorité investie du pouvoir de déclencher la guerre que le Conseil de sécurité des Nations Unies. Il a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité

¹²⁸ *Id.*

internationale en vertu de l'article 24 de la Charte¹²⁹. Ainsi, *le Conseil de sécurité [...] peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales* (article 42). Le Conseil de sécurité est donc investi en fait de ce droit d'intervention contraire en principe à l'interdiction de l'ingérence internationale dans les affaires intérieures consacré à l'article 2§7¹³⁰. Mais le Conseil n'est pas le titulaire exclusif du droit de faire la guerre. L'Assemblée générale est également en droit de revendiquer un certain pouvoir coercitif. Quelle est la répartition des pouvoirs entre ces deux organes ? Comment l'action est-elle menée sur le terrain ? C'est ce que nous verrons successivement du point de vue du Conseil d'abord (1) et de l'Assemblée générale ensuite (2).

1. Le Conseil de sécurité, principal responsable du maintien de la paix et de la sécurité internationales

Le principe de non-ingérence des Nations Unies dans les affaires intérieures d'un Etat consacré à l'article 2§7 n'est pas absolu. Le texte de la Charte ajoute que ce principe *ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII*. Cette exception consacre officiellement le droit d'intervention cher à Vitoria notamment. Ce droit a simplement changé de titulaire, au XX^{ème} siècle, au profit du Conseil de sécurité dont la légitimité est moins contestée en raison de son caractère collectif. Il s'est opéré une sorte de délégation de souveraineté en matière militaire de la part des Etats adhérant à l'organisation mondiale¹³¹. Mais le principe de souveraineté peut clairement être dépassé par des intérêts internationaux et humanitaires supérieurs. Ce que confirme l'ancien Secrétaire général, M. Kofi Annan lors de l'ouverture des débats de la 54^{ème} session de l'Assemblée générale sur la conciliation entre la souveraineté des Etats et le droit d'intervention de la communauté internationale : « [r]ien, dans la Charte des Nations Unies, dit-il, n'empêche de reconnaître qu'il y a des droits par-delà les frontières. Je dirai même plus : dans la lettre et dans l'esprit, la Charte est l'affirmation même de

¹²⁹ L'article 24 §1 dispose : « Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom. »

¹³⁰ L'article 2 §7 dispose : « Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat. »

¹³¹ Voir notamment Michel VIRALLY, *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972.

ces droits fondamentaux. »¹³²

Il convient maintenant d'aborder les modalités concrètes que le Conseil de sécurité doit suivre ainsi les moyens dont il dispose pour intervenir dans le monde car, même s'il en a le droit théoriquement, encore faut-il qu'il puisse le mettre en application. Dans l'hypothèse où le Conseil de sécurité en viendrait à la mesure ultime prévue à l'article 42, la question se pose de savoir qui va exécuter les décisions et, concrètement, intervenir sur le terrain.

Au cours des négociations en vue de l'adoption de la *Charte des Nations Unies*, il avait été question de créer, grâce à la Charte, une force armée internationale à la solde de l'ONU, dirigée par un Comité d'Etat-major commun pour remédier à certaines lacunes importantes de la SDN. Mais les rédacteurs de la Charte ont finalement choisi d'adopter une solution qui ne remettait pas en cause la souveraineté des Etats et le contrôle des grandes puissances sur les relations internationales. En principe, les Etats membres mettront donc à disposition une partie de leurs forces armées sous la direction stratégique du Comité d'état-major.

Ce Comité d'état-major, organe militaire et technique rassemblant les autorités militaires les plus élevées des pays membres permanents du Conseil, se verra confier la tâche de *conseiller et d'assister le Conseil de sécurité pour tout ce qui concerne les moyens d'ordre militaire nécessaires au Conseil pour maintenir la paix et la sécurité internationales, l'emploi et le commandement des forces mises à sa disposition, la réglementation des armements et le désarmement éventuel*. L'article 47 de la Charte ajoute que *[l]e Comité d'Etat-major est responsable, sous l'autorité du Conseil de sécurité, de la direction stratégique de toutes forces armées mises à la disposition du Conseil*. Il servira donc de « guide averti et conseiller éclairé en matière militaire » selon les termes de la professeure Monique Guillaume, « mais il ne détient aucune autorité, aucun pouvoir de décision en dehors de ceux que peut lui déléguer le Conseil de sécurité pour certaines questions »¹³³. Il est donc une structure de décision en participant, par ses conseils et son assistance au Conseil de sécurité, au processus de décision, et une structure d'action car il dirigera les forces armées sur le plan stratégique. Mais il reste de nombreuses imprécisions quant à l'application pratique des dispositions ainsi que de sérieux problèmes politiques. Comme le note Mme. Guillaume,

« les chefs d'Etat-major formant le Comité [...] se montraient beaucoup plus les

¹³² K. ANNAN, *Discours devant la 54^{ème} session de l'Assemblée générale*, 20 septembre 1999, A/54/PV.4, p. 3.

¹³³ Monique GUILLAUME. *La conception de l'armée internationale dans la Charte de San Francisco*, Paris, Thèse en droit préparée sous la direction de Georges Scelle, 1947, p. 65.

porte-parole de leurs gouvernements respectifs que les représentants désintéressés d'un organisme international cherchant à trouver, en toute indépendance, la solution la plus conforme à l'intérêt général. »¹³⁴

Cette orientation politique presque inévitable de la part d'un organe se voulant objectif rappelle cette même tendance que l'on peut reprocher au Conseil de sécurité des Nations Unies. Cela provoque un certain discrédit sur les capacités du Comité d'état-major à agir efficacement pour le maintien de la paix internationale. Cela conduira la professeure Alexandra Novosseloff à conclure :

« Le Comité est chargé d'une fonction technique, mais sa composition a une signification très politique. Il y a ici, dès le départ, une contradiction flagrante puisque, par nature, le Comité d'Etat-major ne peut que refléter ce qui se passe au Conseil de sécurité. Il en résulte que le Comité d'Etat-major, avant d'être un organe technique militaire, est un organe politique. »¹³⁵

Les rédacteurs de la *Charte des Nations Unies* ont par ailleurs abandonné l'idée d'une force armée internationale pour lui préférer une force multinationale potentielle qui serait mise à disposition par les Etats nationaux et commandée par ceux-ci. C'est l'article 48 de la Charte qui prévoit la façon dont les décisions d'intervention du Conseil seront appliquées : *[l]es mesures nécessaires à l'exécution des décisions du Conseil de sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales sont prises par tous les Membres des Nations Unies ou certains d'entre eux, selon l'appréciation du Conseil*. Celui-ci garde donc un très large pouvoir discrétionnaire dans les modalités d'exécution de ses décisions. Il désignera, en tenant compte des considérations géopolitiques, financières ou militaires, un ou plusieurs membres des Nations Unies, pour mener à bien les décisions prises. Le Conseil de sécurité délivre un mandat militaire, qui correspond, selon Bruno Simma à un

« acte de droit international par lequel une organisation internationale confie à une des puissances ou à un groupe de puissances, parties à son statut, la mission de faire exécuter militairement sa décision à l'encontre d'un Etat ou d'un groupe d'Etats, membres ou non, qui refusent de s'y soumettre »¹³⁶.

Une décision pourrait donc être mise en œuvre au nom de la collectivité des Etats par un

¹³⁴ *Id.*, p. 102.

¹³⁵ Alexandra NOVOSSELOFF, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée, dialectique du politique et du militaire en matière de paix et de sécurité internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 83.

¹³⁶ Bruno SIMMA, « Commentaire de l'Article 48 », *The Charter of the United Nations : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 652, § 6.

seul membre. Ce qui n'est pas sans soulever certaines questions. Le système de sécurité collective est censé en effet reposer sur un pacte de confiance entre les Etats et l'organisation. On peut dire, et c'est en soi contestable, que c'est parce que c'est une organisation collective mondiale qui est en charge de la sécurité internationale que les Etats ont confiance et acceptent une certaine délégation de souveraineté. Mais qu'en est-il de cette confiance lorsque c'est un Etat seul qui est investi par le Conseil pour mener à bien une décision ? L'action ne doit-elle pas être collective ?

Il semble que plusieurs interprétations puissent être soutenues. Pour Hans Kelsen, par exemple, « l'emploi de la force est permis seulement en tant qu'action collective pour la réalisation des buts de l'Organisation »¹³⁷. Quoiqu'il en soit, la pratique des interventions onusiennes depuis de nombreuses années semble indiquer que seule la décision doit être prise sur une base collective. L'action et l'exécution peuvent échapper à ce processus. Les Etats ou groupes d'Etats reçoivent donc discrétionnairement de la part du Conseil de sécurité le mandat pour conduire les opérations. Seulement ce système souffre de plusieurs lacunes, outre le manque de confiance que l'on pourrait avoir dans l'Etat responsable des opérations. Tout d'abord, la longueur du processus décisionnel pris dans son ensemble peut avoir de graves conséquences sur le terrain. De nombreux mois peuvent s'écouler avant que le Conseil de sécurité n'agisse au terme de la procédure. De plus, il faut déplorer le manque de précisions et de clarté concernant le dispositif militaire. Comme le signale A. Novosseloff, « plusieurs dispositions pratiques restent en suspens, comme la question primordiale de la direction tactique des opérations, du commandement militaire, de la formation et de l'intégration des forces mises à disposition de l'ONU, de leur entraînement, etc. »¹³⁸.

La question de la direction pratique du commandement est très peu évoquée dans les avant-projets de la *Charte des Nations Unies*. La distinction entre direction stratégique – qui s'occupe de déterminer la stratégie générale à adopter à la lumière des buts de la guerre et des renseignements recueillis – et direction opérationnelle – qui mène les opérations sur le terrain – n'est pas non plus abordée. En réalité, ce manque de précisions traduit, là encore, une absence de consensus international sur le mécanisme de désignation du commandant. Et ce n'est pas le Comité d'état-major à qui reviendrait cette prérogative de commandement comme le précise un

¹³⁷ Hans KELSEN, « The Old and the New League : The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals », *A. J. I. L.*, janvier 1945, 39(1), p.66.

¹³⁸ A. NOVOSSELOFF, *op. cit.*, note 135, p. 127.

document du Comité III/3 lors de l'élaboration de la Charte : « aucun comité, grand ou petit, ne peut exercer un commandement militaire. »¹³⁹ La question serait réglée au cas par cas. Tout ceci eut pour conséquence un certain discrédit sur le Chapitre VII. En outre, la Guerre froide acheva de rendre son utilisation explicite très rare par la suite.

À cet égard, l'exemple de la Guerre du Golfe de 1990 est révélateur. Après avoir constaté l'invasion du Koweït par l'Irak et pris certaines mesures contre Saddam Hussein dont un embargo économique et un embargo sur le transport aérien et maritime, la *Résolution 660* du Conseil de sécurité du 2 août 1990 exigeait le retrait immédiat et inconditionnel des troupes irakiennes. Comme le Conseil de sécurité ne constatait pas les effets demandés, il autorisa dans sa *Résolution 678* du 29 novembre 1990 *les Etats membres qui coopèrent avec le gouvernement koweïtien [...] à user de tous les moyens nécessaires pour faire respecter et appliquer la Résolution 660 et toutes les résolutions pertinentes*¹⁴⁰. Mais cette résolution souffrait d'un manque de précision et accordait aux membres des Nations Unies le droit d'engager toute forme d'action sans en préciser la nature. Comme le remarquait Pierre-Marie Dupuy, la résolution du Conseil ne constituait pas

« un usage de la force armée par l'organe principal du maintien de la paix, mais, [...] une 'lettre de course' délivrée au nom de l'Organisation pour mandater la coalition regroupée autour des Etats-Unis, ou, tout au moins, lui donner un blanc-seing, afin qu'elle établisse en son nom l'ordre international »¹⁴¹.

Cette pratique peut donc clairement donner à controverse et diminuer la confiance accordée à l'organisation internationale. En fait, le Conseil de sécurité s'est révélé n'être, selon Mme Novosseloff, qu'un « spectateur de l'action de la coalition menée par les Etats-Unis »¹⁴². L'ensemble des opérations et des éléments composant la force multinationale était sous le commandement américain, lequel avait constitué un Etat-major strictement américain. M. Le Peillet concluait qu'il était en effet inimaginable, pour les Etats-Unis « de partager avec qui que ce soit la responsabilité de la conduite de la guerre »¹⁴³. Comme en 1950 lors de la crise de Corée, qui, de ce point de vue, a constitué une sorte de précédent, l'opération *Tempête du Désert*

¹³⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL ORGANIZATION, « Compte-rendu de la deuxième séance du Comité III/3 », Doc. off. 140 ; III/3/4, 8 mai 1945, San Francisco, t. XII, p. 282.

¹⁴⁰ *Irak et Koweït*, Doc. off. CS NU, 29 novembre 1990, 2963ème séance, Doc. NU. S/RES/678, 2.

¹⁴¹ Pierre-Marie DUPUY, « Après la guerre du Golfe », *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 1991, p. 624.

¹⁴² A. NOVOSSELOFF, *op. cit.*, note 135, p. 317.

¹⁴³ Pierre LE PEILLET, « Corée et Koweït, les deux guerres de l'ONU : leçons et perspectives », *Défense nationale*, novembre 1991, 47(11), p. 96.

en 1990 marque donc à nouveau un revers pour le Conseil de sécurité et une instrumentalisation du mécanisme de sécurité collective au profit d'un Etat poursuivant clairement une politique étrangère basée sur ses intérêts nationaux. Le discrédit jeté sur l'organisation mondiale des Nations Unies est profond¹⁴⁴.

Le sentiment de perte de légitimité et de soumission de l'ONU à l'Etat le plus influent persiste dans l'opinion publique et sur la scène internationale. Or il est clair que lorsqu'une action est ressentie comme illégitime, elle sera d'autant plus difficile à mener sur le terrain. L'hostilité ou le manque de soutien de la population ou des pays voisins ou alliés est un élément conséquent sur l'issue d'un conflit. Aussi, dès le blocage du Conseil de sécurité lors du conflit en Corée en 1950, l'Assemblée générale n'a-t-elle pas voulu laisser l'ONU être totalement dessaisie de la gestion de cette crise. Elle s'est donc vite affirmée comme un titulaire subsidiaire du droit d'autoriser une intervention armée.

2. L'Assemblée générale et la guerre de Corée

Le franchissement du 38^{ème} parallèle de la part de la République populaire démocratique de Corée du Nord, dirigée par Kim Il Sung le 25 juin 1950 et constituant l'invasion de la République de Corée, dirigée par le président Syngman Rhee, est la première crise majeure à laquelle l'Organisation des Nations Unies, nouvellement créée, fut confrontée. L'action qui en résulta fut la première action militaire coercitive menée au nom des Nations Unies dans le cadre du Chapitre VII et sous son étendard. Les conséquences de cette crise eurent un impact décisif sur les institutions, les théories et la pratique onusiennes.

Dans un premier temps, le Conseil de sécurité a pris les choses en main. En l'absence du représentant soviétique en son sein, celui-ci pratiquant, depuis février 1950, la politique de la chaise vide pour protester contre l'absence de représentation de la Chine communiste au Conseil de sécurité, ce dernier réagit rapidement, en qualifiant l'attaque de « rupture de la paix ». Il demanda la *cessation immédiate des hostilités* et invita les autorités de la Corée du Nord à

¹⁴⁴ Voir Leland GOODRICH, « Korea : Collective Measures Against Aggression », *International Conciliation*, octobre 1953, n° 494, p. 189. « Il est clair que les mesures collectives des Nations Unies organisées et dominées comme telles par les politiques et attitudes d'un Etat membre, ou tout au plus d'un petit groupe d'Etats membre, ne sont pas le parfait instrument d'action de l'ONU et courent le risque d'être au moins regardées comme une simple couverture à des objectifs nationaux. »

*retirer immédiatement leurs forces sur le 38^{ème} parallèle*¹⁴⁵. Dans sa *Résolution 83* du 27 juin 1950, le Conseil de sécurité recommanda ensuite aux Membres *d'apporter à la République de Corée toute l'aide nécessaire pour repousser les assaillants et rétablir dans la région la paix et la sécurité internationales*¹⁴⁶. On remarquera le peu d'autorité dont ces termes font preuve. Cela souleva quelques questions d'interprétation et laissa penser, selon le Pr. Chaumont, que ces résolutions n'avaient pas de force obligatoire mais qu'elles cherchaient seulement à « former une sorte d'alliance provisoire de tous les Etats qui acceptaient d'intervenir contre la Corée du Nord »¹⁴⁷. En outre, Le Chapitre VII ou ses dispositions n'avaient jamais été explicitement invoqués.

Très vite, les Etats-Unis, seul Etat ayant suffisamment de volonté et de moyens pour mener l'opération sur le terrain, endossèrent le mandat octroyé par l'ONU et utilisèrent à discrétion la bannière onusienne. Cette délégation fut largement critiquée par nombre d'Etats et une bonne partie de la doctrine. L'URSS notamment estimait que l'action des Nations Unies en Corée constituait une violation de la Charte parce que, suivant les termes de l'article 25 de la Charte, les décisions de fond du Conseil de sécurité auraient dû être prises par un vote affirmatif d'au moins sept membres dont les voix de tous les membres permanents. Mais cette contestation pouvait être facilement réfutée puisque aux termes de l'article 23 §3 de la *Charte*, la pratique soviétique de la chaise vide constituait en premier lieu une « violation de la Charte qui fait un devoir aux membres du Conseil de sécurité d'être présents en permanence »¹⁴⁸. Aussi, de l'avis de la délégation américaine, l'absence des soviétiques au Conseil ne devait-elle pas l'empêcher d'agir, « l'absence d'un membre permanent n'affecte en rien le pouvoir et l'autorité du Conseil »¹⁴⁹. Au contraire, elle a permis, dans une large mesure, une action qui, sinon, aurait été indubitablement bloquée. C'est ce qui se produisit en août 1950, lorsque le délégué soviétique reprit son poste. Il s'ensuivit alors un blocage du Conseil de sécurité. A partir de ce moment,

¹⁴⁵ *Plainte pour agression contre la République de Corée*, Doc. off. CS NU, 25 juin 1950, 473^{ème} séance, Doc. NU. S/1501, Rés. CS 82.

¹⁴⁶ *Plainte pour agression contre la République de Corée*, Doc. off. CS NU, 27 juin 1950, 474^{ème} séance, Doc. NU. S/1511, Rés. CS 83.

¹⁴⁷ Charles CHAUMONT, « Le maintien de la paix et l'évolution de la sécurité collective », *Les Nations Unies, chantier de l'avenir*, t. II, Paris, PUF, 1961, p. 73.

¹⁴⁸ Pierre GERBERT, Victor-Yves GHEBALI, Marie-Renée MOUTON, *Le rêve d'un ordre mondial : de la SDN à l'ONU*, Paris, Imprimerie Nationale, 1996, p. 196. Opinion partagée par le représentant de la délégation française au Conseil, M. CHAUVEL, qui estime que : « Cette absence est certainement contraire à l'esprit de la Charte et, nous semble-t-il, à sa lettre même. Nous considérons que la délégation de l'URSS, en se retirant du Conseil, a forfait à ses obligations à l'égard de la communauté des Nations Unies. » (S/PV. 487, 14 août 1950).

¹⁴⁹ *Procès verbal de la 462^{ème} séance*, le 13 janvier 1950, S/PV. 462, pp. 42-45.

celui-ci fut seulement informé de la suite de la crise et ne put participer directement à la prise de décision. Les Etats-Unis portèrent donc l'affaire devant l'Assemblée générale des Nations Unies et c'est elle qui prit le relais dans le processus de décision.

Sous l'impulsion américaine, l'Assemblée générale adopta en premier chef une résolution prévoyant la tenue d'élections libres en vue de l'unification de la Corée en un seul Etat, objectif recherché depuis 1947. Et, si cela s'était révélé nécessaire pour atteindre cet objectif et pour restaurer la paix, la *Résolution 376* de l'Assemblée générale des Nations Unies du 7 octobre 1950 prévoyait et autorisait implicitement le recours aux armes de la part des Etats coalisés¹⁵⁰. Ceux-ci franchirent le 38^{ème} parallèle en direction du Nord et entrèrent dans Pyongyang dès le 18 octobre. Arrêtées par la contre-offensive des troupes chinoises, hostiles à l'entrée en guerre des Etats-Unis, les troupes dirigées par le général américain MacArthur durent finalement faire marche arrière jusqu'au parallèle franchi et elle mirent fin à ses manœuvres le 26 octobre. C'est alors que le Secrétaire d'Etat américain, Dean Acheson, proposa à l'Assemblée générale – le Conseil de sécurité étant toujours paralysé – la *Résolution 377*, « Union pour le maintien de la paix », adoptée le 3 novembre 1950.

Cette résolution constate dans un premier temps l'inaction du Conseil de sécurité et ne manque pas de manifester sa préoccupation à cet égard. Elle réaffirme dans son préambule qu'*il est important que le Conseil de sécurité s'acquitte de sa responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et qu'il est du devoir des membres permanents d'essayer de parvenir à l'unanimité et de ne recourir qu'avec modération au droit de veto*. Cependant, il n'est pas question pour l'Assemblée de s'en tenir à cette situation de rupture de la paix et de la sécurité. Elle considère qu'*une telle carence ne prive pas l'Assemblée générale des droits et ne la dégage pas des responsabilités que lui a conférées la Charte en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales*. L'Assemblée générale des Nations Unies met ainsi en place un mécanisme tout à fait exceptionnel et réservé pour des cas d'urgence. Elle ne se substitue pas complètement au Conseil de sécurité mais elle prend en quelque sorte le relais lorsqu'il est bloqué. Le Conseil de sécurité détient la responsabilité principale mais non exclusive du maintien de la paix. La *Résolution Acheson* spécifie que :

« dans tout cas où paraît exister une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression et où, du fait que l'unanimité n'a pas pu se réaliser parmi ses membres permanents, le Conseil de sécurité manque à s'acquitter de sa

¹⁵⁰ *Questions de l'indépendance de la Corée*, Rés. AG 376 (V), Doc. off. AG NU, 5ème sess. (7 octobre 1950), d).

responsabilité principale dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales, l'Assemblée générale examinera immédiatement la question afin de faire aux Membres les recommandations appropriées sur les mesures collectives à prendre, y compris, s'il s'agit d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, l'emploi de la force armée en cas de besoin, pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »¹⁵¹

En outre, l'Assemblée met deux moyens en œuvre. D'une part, elle crée une *Commission d'observation pour la paix*¹⁵² de 14 membres dont le but est d'observer les situations qui pourraient mettre en danger la paix et la sécurité internationales dans la région. D'autre part, elle invite *chaque Membre à examiner les ressources dont il dispose afin de déterminer la nature et l'importance de l'assistance qu'il serait en mesure de fournir pour mettre en œuvre toute recommandation du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale en vue du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales*, et recommande à chacun *d'entretenir au sein de ses forces armées nationales des éléments entraînés, organisés et équipés de telle façon qu'ils puissent rapidement servir [...] comme unités de l'Organisation des Nations Unies*¹⁵³. Sur ces termes, le commandement de l'opération fut délégué ou presque abandonné aux Etats-Unis qui n'acceptèrent aucune influence étrangère sur la gestion des troupes, hormis l'apport des troupes ou du matériel de la part des autres Membres décidés à les aider.

La *Résolution Acheson* explique dans quelle mesure le Conseil de sécurité détient la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'Assemblée générale peut avoir un grand pouvoir de décision même si ce dernier reste subordonné à la priorité que doit exercer le Conseil de sécurité dans la gestion des conflits ou menaces de conflits internationaux. Les conséquences de cette résolution furent assez importantes. Elle eut le mérite de clarifier la répartition des tâches au sein de l'organisation. Même si cette interprétation de la Charte au profit de l'Assemblée générale fut contestée par nombre de personnalités qui dénoncèrent là une illégalité¹⁵⁴, elle fut employée à plusieurs reprises même si les situations ne furent pas aussi importantes que lors de cette crise de Corée¹⁵⁵. Toutes ces situations ne débouchèrent d'ailleurs pas sur une intervention militaire.

En conclusion, si l'on peut dire que l'Assemblée générale a réussi à s'affirmer et, ainsi, à

¹⁵¹ *L'union pour le maintien de la paix*, Rés. AG 377 (V), Doc. off. AG NU, 5ème sess. (3 novembre 1950), 1.

¹⁵² *Id.*, 3.

¹⁵³ *Id.*, 7.

¹⁵⁴ Voir Paul TAVERNIER, *Les casques bleus*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996, p. 23.

¹⁵⁵ Elle fut utilisée onze fois dont en Palestine (lettre du 1^{er} juillet 1980), en Namibie (lettre du 22 août 1981), au Golan (S/RES/500, 28 janvier 1982) et plus récemment en Afghanistan (S/RES/462, 9 janvier 1980).

opérer une nouvelle organisation des pouvoirs au sein de l'ONU, il n'en reste pas moins que de nombreuses interrogations restent en suspens. Plusieurs systèmes politico-militaires ont ainsi été superposés comme le rapporte A. Novosseloff. Elle identifia notamment : « une structure politico-militaire permanente mise en sommeil, et donc devenue temporaire : celle du Conseil de sécurité et du Comité d'Etat-major » et « une structure politico-militaire temporaire ou en devenir : celle de l'Assemblée générale. »¹⁵⁶

Il semble donc que, malgré le monopole officiel de l'ONU pour décider d'autoriser une intervention, deux systèmes de *jus ad bellum* continuent de s'opposer. Il y aurait d'une part, le droit de l'ONU qui s'est accaparé, grâce à des normes conventionnelles, le pouvoir d'autoriser ou non une action armée, et d'autre part, le droit de la guerre traditionnel qui donne aux chefs d'Etat le pouvoir de déclencher une guerre unilatéralement. Cette juxtaposition a-t-elle lieu d'être ? Le Conseil de sécurité est certes le responsable principal du maintien de la paix. L'Assemblée générale peut le seconder. Mais certains blocages persistent et laissent des situations humanitaires sans solutions efficaces. Le droit de l'ONU serait-il suffisant pour assurer au monde la paix et la sécurité ? Doit-on définitivement considérer que les Etats souverains ne peuvent plus jamais jouer le rôle d'*auctoritas principis* ?

C/ L'unilatéralisme et ses rapports avec le multilatéralisme onusien

Il règne souvent, dans l'opinion publique l'idée d'une certaine opposition, voire d'une antinomie entre le multilatéralisme et l'unilatéralisme. Le multilatéralisme, ici représenté par les mécanismes onusiens de sécurité collective seuls titulaires juridiques du statut d'*auctoritas principis*, bénéficie d'une confiance et d'une approbation souvent générales alors que l'unilatéralisme, correspondant aux interventions d'un Etat ou d'un groupe d'Etats sans l'assentiment du Conseil de sécurité, est revêtu d'une image très négative ou condamnable.

Pourtant, à regarder de près, il n'y pas d'opposition véritable entre les concepts de multilatéralisme et d'unilatéralisme. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, l'on ne peut que déplorer les effets pervers d'un multilatéralisme excessif qui peuvent être paralysants et dévastateurs. Les trop nombreuses absences de réaction de la communauté internationale à

¹⁵⁶ A. NOVOSSELOFF, *op. cit.*, note 135, p. 243.

l'endroit de certaines crises humanitaires graves, rappellent les méfaits possibles du système onusien multilatéral. Parfois le fait d'insister sur la nécessité d'adopter une conduite multilatérale peut conduire à ne pas prendre certaines décisions difficiles. Parfois, cela peut même fournir un prétexte pour ne rien faire du tout¹⁵⁷. Entre 1992 et 1995 en Bosnie-Herzégovine, les principales puissances participant au conflit avaient toutes décidé de maintenir fermement une ligne de conduite multilatérale sur certains objectifs définis dès le début du conflit. Finalement, au cours des années 1994 et 1995, ce souci exagéré de consensus a conduit à limiter les possibilités d'action, laissant regrettamment se détériorer la situation déjà grave. Or, comme l'indique Mats Berdal : « le temps n'était tout simplement plus aux atermoiements, compte tenu de la situation sur le terrain. »¹⁵⁸ Des cas encore plus nets comme le génocide au Rwanda en 1994 ou la crise du Darfour, qui dure depuis plus de dix ans, donnent également matière à réfléchir. Dans la première comme dans la deuxième situation, la recherche d'un consensus international extrêmement lent à trouver a laissé place aux violations des droits de l'homme et aux massacres les plus horribles. Comme le commente M. Berdal à propos du Rwanda, reprenant une expression de Roméo Dallaire :

« En avril 1994, lorsque le rythme des massacres s'est accéléré au Rwanda, la seule option sur laquelle les membres du Conseil de sécurité aient réussi à se mettre d'accord a été la réduction rapide de la force de maintien de la paix que les Nations Unies avaient mise en place dans le pays, jusqu'à en faire une "force squelettique". »¹⁵⁹

Dans le cas du Darfour, faut-il rappeler que le conflit dure depuis plus de dix-sept ans et que la réponse de la communauté internationale a été, selon une Commission spéciale des affaires étrangères du Parlement britannique, « tardive et inadaptée avec pour résultat des pertes en vies humaines qui auraient pu être évitées »¹⁶⁰. Que faire dans ce cas, lorsqu'une situation humanitaire nécessitant une intervention par la force est abandonnée aux discussions ou rivalités qui peuvent régner au sein des organes investis légalement du pouvoir de déclencher

¹⁵⁷ Inis L. CLAUDE Jr., « The tension between principle and pragmatism in international relations », *Review of International Studies*, 19(3), juillet 1993, p. 225.

¹⁵⁸ Mats BERDAL, « Les Nations Unies, le multilatéralisme et l'ordre international », G. ANDREANI, P. HASSNER (dir.), *op. cit.*, note 98, p. 270.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 271 ; Roméo DALLAIRE, *J'ai serré la main au diable : la faillite de l'humain au Rwanda*, Québec, Libre Expression, 2003.

¹⁶⁰ SELECT COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS, *Fourth Report, Human Rights*, 26 mars 2005, § 159, disponible sur le site du Parlement Britannique : <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200405/cmselect/cmfaaff/109/10909.htm#a23> (dernière consultation : juin 2007).

l'intervention ? Faut-il attendre un déblocage ou intervenir au mépris des règles juridiques ? La question appelle une réponse claire : il ne saurait être question de laisser une situation humanitaire empirer jusqu'à devenir une catastrophe de grande ampleur en raison d'une recherche de consensus ou du respect de règles pouvant être paralysante. Entre le respect de certaines procédures et la protection de la vie de milliers d'hommes et de femmes, il ne devrait pas y avoir trop d'hésitation. Tout l'enjeu résidera dans le contrôle rigoureux du déroulement du conflit. Voilà la première raison évidente, donc, de ne pas jeter trop rapidement l'opprobre sur l'unilatéralisme hors cadres onusiens : l'inefficacité du Conseil de sécurité en cas de blocage.

Deuxièmement, loin d'être incompatibles, les actions unilatérales et multilatérales sont bien souvent complémentaires voire interdépendantes. Les interventions unilatérales servent souvent d'origine, d'élan nécessaire pour entraîner avec elles la force multilatérale plus lourde à mettre en branle. Ce fut le cas à de nombreuses reprises durant les dernières décennies. On peut citer par exemple le cas de l'Albanie en 1997 : une coalition d'onze pays européens est intervenue dans le cadre de l'*Opération Alba* en réponse à la dégradation inquiétante et rapide de la situation économique et sociale du pays, ce qui laissait craindre à l'époque le déclenchement d'une guerre civile. L'intervention fut effectuée avec l'accord du Conseil de sécurité mais celle-ci n'aurait probablement jamais pu avoir lieu si l'Italie ne s'était pas investie au préalable dans le conflit et n'avait pas pris la direction de l'opération¹⁶¹. Un certain unilatéralisme avait été également observé lors de la crise au Timor Oriental en 1999. Le déploiement de la force multinationale avait été couronné de succès notamment parce que l'Australie s'était impliqué et avait pris la direction de cette force multinationale. C'est ainsi que ce territoire a pu échapper à la domination indonésienne. Ces deux derniers cas montrent bien que les efforts déployés pour aider les Etats en difficultés ou prévenir une situation de crise majeure ne sont souvent rendus possible que dans la mesure où deux puissances, respectivement l'Italie et l'Australie, avaient pris les devants et favorisé un processus d'intervention. Comme le fait observer Inis Claude : « les organismes multilatéraux ne se lancent dans des entreprises difficiles et risquées que lorsqu'un Etat puissant décide d'en prendre la direction – direction qui consiste non pas à s'en rapporter à la majorité et à la suivre, mais à avancer en entraînant la majorité. »¹⁶² Le Conseil de

¹⁶¹ *Situation en Albanie*, Doc. off. CS NU, 28 mars 1997, 3758ème séance, Doc. NU. S/RES/1101, 3.

¹⁶² I. L. CLAUDE Jr., *loc. cit.*, note 157, p. 225.

sécurité a donc besoin de l'unilatéralisme. Il est bien des situations où il manque de volonté pour agir et dans lesquelles les Etats souverains doivent garder une sorte d'autorité résiduelle pour entraîner les organes multilatéraux. On retrouvera ici une des raisons de préserver, dans une certaine mesure, la théorie classique qui donne à l'Etat le pouvoir de s'engager militairement à l'étranger.

Enfin, la principale critique adressée au multilatéralisme – et sur ce point, les Etats-Unis n'ont fait qu'aggraver les choses avec leur récente intervention en Irak qui s'est transformée en catastrophe humanitaire et politique – est que ces interventions ne sont pas *légales* donc pas *légitimes*, n'ayant pas été autorisées au préalable par le Conseil de sécurité. Elles sont abandonnées à l'appréciation politique d'un ou de plusieurs Etats jugeant de la nécessité d'intervenir. Ce qui laisserait ainsi la porte ouverte aux dérives interventionnistes ou colonialistes de la part d'avidés voisins. Mais il faut relativiser ces craintes. Certes, une décision onusienne respectant la procédure multilatérale est investie d'une légitimité qu'un Etat ou un groupe d'Etat agissant seul ne possède pas puisqu'il ne respecte pas ces normes conventionnelles. On peut donc légitimement craindre que la poursuite d'intérêts de politique nationale soit un critère trop important dans l'appréciation par un Etat de l'opportunité d'intervenir à l'étranger. Cependant, les membres du Conseil de sécurité demeurent également des entités politiques. La crainte du caractère trop politique d'une action unilatérale – qui est souvent conduite par un groupe d'Etats – ne devrait pas être oubliée du seul fait que c'est le Conseil de sécurité qui décide d'une intervention. On a parfois tendance à idéaliser le Conseil de sécurité et à lui accorder un chèque en blanc. Pourtant, comme le rappelle la professeure Chantal Delsol :

« Ceux qui édictent le droit international ne sont pas des anges désincarnés, détenteurs de la justice pure, mais des politiques qui décident d'ériger là les frontières entre le juste et l'injuste. [...] On accorde une confiance aveugle à l'ONU pour décider ultimement de la légitimité des guerres. »¹⁶³

L'ONU est un ensemble complexe d'Etats qui ont chacun leurs intérêts, leurs rivalités, leur histoire particulière. Les Etats-membres du Conseil de sécurité sont loin d'être désintéressés lorsqu'ils s'engagent dans une opération qui leur coûtera très certainement fort chère en vies humaines, en argent et en matériel. Ainsi Mme Delsol de renchérir : « [m]ieux vaut qu'un gouvernement décide de mener une guerre d'ingérence dans la subjectivité reconnue comme

¹⁶³ Chantal DELSOL, *La grande méprise*, Paris, La Table Ronde, 2004, p. 155.

telle »¹⁶⁴ plutôt que rester dans l'illusion de l'objectivité du droit. Car la guerre échappe par essence à l'objectivité du droit. La guerre peut être encadrée par le droit dans toutes ses phases. Mais elle ne résulte pas d'un raisonnement objectif qui serait la solution à problème juridique. La guerre est un acte politique quels qu'en soient ses causes et ses auteurs. Si ceux-ci font partie du Conseil de sécurité, leurs décisions ne sont pas forcément plus justes ou plus légitimes. Elles sont simplement considérées comme légales. Voilà aussi pourquoi la doctrine de la guerre juste a encore beaucoup de choses à apporter. Elle offre aux responsables politiques un processus de décision et des critères de justice qui sont conçus dans le but de servir l'humanité en rendant les guerres moins nombreuses et plus justes. Aujourd'hui, le *jus ad bellum* positif, qui s'est progressivement réduit au respect des procédures onusiennes, peut laisser craindre certains dénis de justice. Certes la primauté du principe d'interdiction du recours à la force et le recours aux procédures multilatérales doivent demeurer le principe. Mais l'unilatéralisme ne doit pas être une solution forcément inenvisageable, voire condamnée sans procès. L'action décidée hors des instances onusiennes contient certes des dangers mais ils ne sont pas fondamentalement différents de ceux que court le Conseil de sécurité. Si elle respecte au maximum les conditions qui rendent une guerre juste et légitime, l'unilatéralisme est une source nécessaire d'intervention armée pour la sauvegarde ultime de certains intérêts humains fondamentaux.

En 1999, lorsque la crise humanitaire du Kosovo devint préoccupante pour la paix et la sécurité internationale dans la région sensible des Balkans, le Conseil de sécurité aurait dû se saisir de la question et, en tant qu'organe chargé principalement de la sauvegarde de la paix et de la sécurité internationale, résoudre la crise en suivant le processus du chapitre VII de la Charte. Mais le principal problème qui a accompagné toute la gestion de la crise était que les cinq membres permanents du Conseil de sécurité ne réussirent pas à se mettre d'accord et décider d'une intervention commune pour venir en aide aux populations ravagées par l'épuration ethnique menée par Slobodan Milosevic, le Président de la Yougoslavie. Deux membres s'opposaient à une intervention militaire. La Chine, craignait que l'on puisse utiliser contre elle un éventuel précédent kosovar à propos de Taiwan ou de ses provinces rétives (Tibet, Xinjiang musulman). Elle considérait que cette crise relevait d'une situation interne et estimait donc que le Conseil de sécurité ne devait pas violer les principes de souveraineté et de non-ingérence de

¹⁶⁴ *Id.*

l'article 2§7 de la *Charte des Nations Unies*¹⁶⁵. La Russie, quant à elle, reconnaissait la politique néfaste de Milosevic pour la région mais se refusait néanmoins à cautionner une intervention en ces terres orthodoxes qu'elle entendait garder sous sa protection et son contrôle. Une intervention russe aurait été contre l'opinion publique du pays, hostile à toute forme de coercition occidentale dans cette région. La Russie se trouvait toutefois dans une posture délicate, souffrant d'une dépendance financière envers le Fonds monétaire international en raison de sa mauvaise condition économique interne. Le Conseil de sécurité se trouvait donc divisé avec, d'un côté, ceux qui disaient vouloir représenter le camp des non-alignés, et de l'autre, le « P3 », à savoir les trois puissances occidentales, France, Royaume-Uni et Etats-Unis. Même au sein du P3, si la volonté d'agir était claire, les modalités quant à cette action n'étaient pas envisagées de la même manière. Au départ, la France préférait que l'OTAN soit l'exécutant d'une décision prise au sein de l'ONU. Les deux autres estimaient que le Conseil de sécurité n'était pas un passage obligatoire pour agir par la force. Les divisions entre les membres du Conseil étaient à l'évidence trop importantes pour espérer une décision commune sans l'imposition d'un veto.

Dans cette situation d'affaiblissement de l'ONU, le processus décisionnel se joua partout sauf au sein du Conseil de sécurité, pour laisser libre cours à ce que Marie-Claude Smouts appela « bricolages institutionnels »¹⁶⁶. Les instances de négociations furent aussi bien celles du Groupe de Contact établi à l'occasion de la crise (Etats-Unis, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Russie), que celles du G8, ou tout simplement des rencontres informelles entre les dirigeants. Elles s'approprièrent pour l'occasion le rôle dévolu au Conseil de sécurité, réduit pendant toute cette affaire, où les accords ne passaient devant lui que lorsqu'ils avaient été conclus ailleurs, à un « rôle quasi notarial »¹⁶⁷.

C'est dans ce contexte que l'OTAN s'est vite affirmée comme la seule organisation ayant la volonté et les moyens suffisants pour intervenir. Le dernier élément déclencheur pour lancer l'opération de 1999 fut le massacre de Racak qui indiquait clairement que le Président yougoslave avait bien l'intention de poursuivre sa politique d'épuration ethnique. Après avoir adressé à la Yougoslavie un ultimatum autoritaire qui exigeait que l'ensemble du territoire du

¹⁶⁵ Francis DERON, « La Chine redoute un précédent dangereux », *Le Monde*, 27 mars 1999. « Ce qui terrifie Pékin – le mot n'est pas trop fort – dans l'affaire des Balkans, c'est le précédent de ce que représente à ses yeux toute initiative outrepassant les limites d'un droit international reposant sur le principe de souveraineté. »

¹⁶⁶ Marie-Claude SMOUTS, « Some Thoughts on International Organization and Theories of Regulation », *International Social Sciences Journal*, novembre 1993, n° 138, p. 524.

¹⁶⁷ Xavier de VILLEPIN, « Les premiers enseignements de l'opération 'Force alliée' en Yougoslavie : Quels enjeux diplomatiques et militaires », *Rapport d'information du Sénat*, 1999, n° 464, p. 3.

pays soit transformé en protectorat militaire, l'OTAN lança ses frappes aériennes le 24 mars 1999 contrairement à la *Charte des Nations Unies* et son article 2 §4, mais aussi au Traité de l'Atlantique Nord lui-même qui dispose, dans son article 7 que le *présent Traité n'affecte pas et ne sera pas interprété comme affectant en aucune façon les droits et obligations découlant de la Charte pour les parties qui sont membres des Nations Unies ou la responsabilité primordiale du Conseil de sécurité dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales*. Il semble que chacune des puissances se soient très bien accommodées de cette déresponsabilisation. C'est ainsi que le Conseil de sécurité votera, le 10 juin 1999, un plan de paix post-conflit rédigé au sein du G8 et à peine modifié dans sa *Résolution 1244*.

La communauté internationale ne s'est guère trop élevée contre l'intervention de l'OTAN. Le Conseil de sécurité n'a pas pu ni véritablement cherché à s'y opposer¹⁶⁸, en raison notamment de la pression des Etats-Unis. Par ailleurs, le projet de résolution russe proposant de faire cesser immédiatement les frappes – projet introduit après le commencement des combats – ne reçut l'approbation que de trois voix sur quinze. Tous ces éléments montrent dans le fond qu'il existait entre les puissances à la fois un accord implicite pour intervenir au Kosovo, et à la fois, un constat commun d'incapacité du Conseil pour faire face à la crise. Cet accord implicite se justifiait par les réalités du terrain. Les massacres ne pouvaient continuer et leurs auteurs rester impunis. C'est au nom de la crise humanitaire qui secouait le Kosovo, au nom de la solidarité envers la population en proie à l'épuration ethnique, que s'est légitimée dans l'opinion publique cette intervention qui n'est que peu contestée à l'heure actuelle. C'est ce qui a conduit Mme Novosseloff à qualifier l'intervention de l'OTAN d'« action dans l'illégalité légitime »¹⁶⁹.

La condition d'autorité légitime ou *auctoritas principis*, chère à tous les théoriciens de la guerre, ne peut et ne doit pas, au regard de toutes ces raisons, s'identifier complètement et définitivement à l'institution de l'ONU et au Conseil de sécurité parfois secondé par l'Assemblée générale. Mais pour bien des raisons, l'ONU doit rester, par principe, en charge du respect de la paix et de la sécurité internationales. Outre celles qui avaient déjà conduit Taparelli à conclure que le pouvoir de faire la guerre, en raison de la gravité de la chose, devait passer « de main en

¹⁶⁸ Luc LAMPIERRE, « L' ONU en marge des opérations », *Libération*, 26 mars 1999. Le correspondant du journal *Libération* relate que le jour même du déclenchement des frappes, « pour éviter tout conflit, le Conseil avait préféré consacrer ses premières heures de travail à discuter de ... la Guinée-Bissau ».

¹⁶⁹ A. NOVOSSELOFF, *op. cit.*, note 135, p. 407.

main » jusqu'à l'autorité supérieure, l'on peut mentionner tout d'abord que l'ONU a un rôle éminent de gardien des principes fondamentaux de droit international. Si ce n'était pas à l'ONU de jouer ce rôle, qui pourrait le faire? Qui pourrait, par exemple, protéger aussi efficacement le monde en voie de développement dont l'Assemblée générale a toujours promu les droits et principes fondamentaux tels le principe d'égale souveraineté, de non-agression, de non-ingérence, d'autodétermination... L'Assemblée Générale rassemble une majorité d'Etats en voie de développement qui, par cette organisation ont un droit de cité sur la scène internationale. Cette place internationale qui leur est offerte se retrouve difficilement dans d'autres instances régionales ou nationales. Cela représente une formidable tribune pour exprimer leurs opinions autant que pour revendiquer et faire respecter leur souveraineté et leurs droits.

D'ailleurs, cette composition quasi-universelle donne à l'ONU son caractère légitime dans les actions qu'elle mène. Certes, les organisations régionales bénéficient d'une certaine légitimité. Cependant, on peut relever régulièrement le manque d'efficacité réelle. En témoignent par exemple les résultats mitigés de l'Union européenne dans sa tentative de résolution du conflit yougoslave au début des années 1990, ou encore ceux de la force de la Communauté d'Etats indépendants dirigée par la Russie en Ossétie du Sud, Moldavie ou Tadjikistan dans les années 1990. Le principal problème réside en l'absence parfois flagrante, d'impartialité menant l'instance régionale. L'ONU reste donc la source d'intervention la plus crédible malgré ses difficultés. D'ailleurs, son bilan, bien qu'inégal, est loin d'être négatif et l'on constate une véritable recrudescence de sollicitations adressées aux Nations Unies depuis les années 1990 malgré les trois derniers revers subis par les crises du Kosovo, d'Afghanistan et d'Irak.

Le principe est donc clair : l'ONU doit demeurer l'instance supérieure en charge du bien commun, cette autorité supérieure annoncée par St Thomas, élaboré par Taparelli et mis en place par la Charte de San Francisco. Mais les Etats souverains doivent être capables d'intervenir pour secourir une population ou un Etat, pour ne pas aboutir à ce que Roméo Dallaire a qualifié dans le cas du Rwanda de « faillite de l'humanité »¹⁷⁰. C'était d'ailleurs la raison qui poussa Vitoria en son temps à instaurer un devoir d'intervention rigoureusement contrôlé par des conditions préalables nécessaires. Cependant, ce n'est pas parce qu'une autorité légitime, comme le Conseil de sécurité ou un Etat souverain, est habilité à déclencher une guerre – le premier par le droit

¹⁷⁰ R. DALLAIRE, *op. cit.*, note 159.

conventionnel contemporain, le deuxième par le droit traditionnel – qu'elle peut le faire dès lors qu'elle s'estime détentrice d'une cause juste. La guerre doit se présenter comme une ultime solution venant au bout d'un processus préalable dont le but est d'éviter d'y recourir. Tant le droit traditionnel que le droit conventionnel contemporain ont systématiquement requis cette condition préalable d'ordre procédural.

§2. L'ultime recours

L'emploi de la force, de par la gravité de ses effets sur les vies humaines et de ses coûts matériels et financiers, doit rester un moyen ultime. C'est une règle de bon sens autant que de respect moral, traduite en termes normatifs depuis des siècles. Il relève en effet du bon sens qu'un prince n'engage pas ses troupes dans un conflit qui puisse lui coûter très cher avant de tenter d'obtenir ce qu'il désire par des moyens pacifiques. C'est également une question de respect envers l'espèce humaine et en particulier, envers ses adversaires, que de ne pas tuer inutilement des êtres humains qui pourraient être à la fois innocents et/ou disposés à résoudre pacifiquement le différend.

Cicéron avait déjà rappelé l'idée que la guerre devait constituer un ultime recours au conflit. Dans *Des Devoirs*, il avance quelques éléments :

« Une cité doit mettre le plus grand soin à respecter les lois de la guerre. Il y a, en effet, deux manières de vider un différend : l'une par la discussion, et l'autre, par la force. Comme la première est la manière humaine, et la seconde, celle des bêtes féroces, il ne faut avoir recours à celle-ci que dans l'impossibilité d'employer la première. »¹⁷¹

La guerre devait donc être entreprise après mûre réflexion et indépendamment de toute ambition militaire. L'humanité et la grande sagesse de Cicéron, rassemblant dans sa réflexion tant l'héritage de ses prédécesseurs latins que celui des penseurs grecs comme Aristote ou Platon, ne doivent cependant pas nourrir trop d'illusions sur certaines opinions de cet auteur qui ne se détache pas tout à fait des mentalités guerrières de son époque. Aussi la notion guerre juste reste-t-elle empreinte d'une conception très formaliste régissant l'entrée en guerre. Une guerre est juste avant tout si elle respecte les lois féciales qui sont un ensemble de règles procédurales et de rites sacrés édictés par le Collège des prêtres féciaux.

¹⁷¹ CICERON, *op. cit.*, note 67, I, II.

Comme l'indique Robert Redslob, les Romains, pour qui la guerre est la poursuite d'un droit par la force, « restent tout à fait conséquent avec eux-mêmes en exigeant satisfaction de l'adversaire, avant l'ouverture des hostilités. A la sommation du débiteur en droit civil correspond la *repetitio rerum* ou *clarigatio* du droit des gens »¹⁷². Et l'auteur de préciser la forme que revêtait la *repetitio rerum* (la réclamation des choses) mise en place par Ancus Martius:

« Le Fécial se rendait à la frontière, se voilait la tête d'une écharpe de laine et parlait ainsi : 'Entends-moi, Jupiter, entends-moi, peuple de cette frontière. Je suis le héraut du peuple romain ; j'ai reçu de lui un mandat pieux et juste ; qu'à mes paroles on ajoute foi'. Puis il formulait la revendication de la Ville et invoquait encore le roi des dieux : 'Si, héraut du peuple romain, je viole les lois de la justice et de la religion en exigeant que ces hommes ou ces objets soient livrés, que jamais je ne revoie ma patrie'. »¹⁷³

Le droit romain connaissait donc cette condition d'ultime recours et prévoyait plusieurs étapes avant la mise en mouvement des troupes qui devait demeurer le dernier moyen à employer pour obtenir le droit réclamé.

Bien connu de St Augustin, qui fut lui-même influencé par Cicéron et St Ambroise, le principe de l'ultime recours ou principe de nécessité de la guerre va, sous la plume du Père de l'Eglise du IV^{ème} siècle trouver une signification profonde et une application systématique pour justifier une guerre. St Augustin, insiste, comme l'avaient fait Aristote ou Cicéron, sur la supériorité des moyens pacifiques pour vider des différends entre prince car « il est plus glorieux de tuer la guerre par la parole que de tuer les hommes par le fer, et de gagner et d'obtenir la paix par la paix que par la guerre »¹⁷⁴. Toutes les étapes qui doivent précéder la déclaration de guerre représentent autant d'occasions pour les parties de trouver un accord pacifique afin d'épargner des vies humaines et le scandale de la guerre entre princes chrétiens.

L'idée d'ultime recours n'a pas toujours été par la suite affirmée clairement. Absente de l'enseignement magistral de St Thomas, elle fera sa réapparition avec Vitoria dans le débat sur la justice de la guerre. L'ultime recours deviendra une condition explicite de la justice d'une guerre et aura une place importante dans le processus de règlement pacifique des différends¹⁷⁵. Cette condition d'ultime recours traduit sa volonté de régler pacifiquement un conflit car elle permet de

¹⁷² R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 88.

¹⁷³ *Id.*, p. 89.

¹⁷⁴ St AUGUSTIN, *A Boniface*, Lettre CCXXIX, disponible sur : <http://www.abbaye-saint-benoit.ch/saints/augustin/lettres/s003/1229.htm> (dernière consultation : août 2007).

¹⁷⁵ Supra, première partie, I, §2, L'obligation de règlement pacifique des différends, p. 10.

ne pas recourir aux armes dès qu'on estime détenir une juste cause. Dans l'ouvrage *De jure belli*, Vitoria pose la question de savoir s'il est suffisant, pour qu'une guerre soit juste, que le prince pense défendre une juste cause. Sa réponse est négative et elle est dictée par un haut sens pratique. En effet, dit-il,

« il n'est pas suffisant que le prince ou les personnes privées croient agir selon la justice : car ils peuvent commettre une erreur vincible et dont ils sont responsables. Or, pour qu'un acte soit bon, il n'est pas suffisant qu'il soit fait conformément à l'opinion d'un chacun, mais il faut qu'il soit fait conformément au jugement d'un homme sage, comme le montre Aristote dans l'*Ethique* (1. II). »¹⁷⁶

Ainsi, « pour que la guerre soit juste, il faut examiner avec beaucoup de soin la légitimité et les causes de la guerre et entendre aussi les raisons des adversaires, s'ils veulent discuter d'une manière équitable et honnête »¹⁷⁷. Il faut donc, avant d'engager une guerre, entamer des négociations pour qu'elle soit juste. Et Vitoria de citer Térence : « le sage doit d'abord éprouver toute chose par la parole avant de recourir aux armes »¹⁷⁸. Il donne alors les modalités pratiques de cette condition ainsi que les raisons que nous avons évoquées plus haut :

« Il faut consulter des hommes honnêtes et sages, capables de parler librement, sans colère ni haine ni cupidité. [...] C'est évident, car, dans les questions morales, il est difficile de découvrir la vérité et la justice. On se trompera donc facilement si on les traite avec négligence et une telle erreur n'excusera pas ses auteurs, surtout lorsqu'il s'agit d'une affaire aussi importante et qui constitue un danger et un malheur pour nombre d'hommes qui sont tout de même notre prochain et que nous devons aimer comme nous-mêmes. »¹⁷⁹

Cette condition est toujours restée fondamentale dans la doctrine de la guerre juste, jusqu'au Concile Vatican II (1962-1965) qui reconnaîtra aux gouvernements le droit de légitime défense « une fois épuisées toutes les possibilités de règlement pacifique »¹⁸⁰. Le Concile ne signifie pas qu'il faut avoir employé toutes les procédures non violentes pour agir, telles que les procédures diplomatiques, politiques, économiques ou judiciaires. Il faut seulement avoir la certitude morale qu'aucun autre moyen non violent disponible ne pourrait être efficacement

¹⁷⁶ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, 55, p. 126. L'auteur fait référence à la définition aristotélicienne de la vertu : il faut qu'un acte dont la bonté est douteuse, soit conforme au jugement d'un homme sage et soit empreint de modération. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, II, ch. 5-6-7, disponible sur : <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/nicomI.htm> - V (dernière consultation : août 2007).

¹⁷⁷ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, 58, p. 128.

¹⁷⁸ TERENCE, *L'Eunuque*, IV, 7, v. 789, cité par F. de Vitoria, *op. cit.*, note 26, n° 59, p. 128.

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ CONCILE VATICAN II, « Mettre un frein à l'inhumanité des guerres », *op. cit.*, note 35, 4, p. 152.

employé. Le terme ultime n'est pas à comprendre dans son acception temporelle, mais au sens de *l'unique possible*.

Enfin, mentionnons brièvement un autre principe implicite qui se rattache à l'exigence d'ultime recours : celui de la certitude ou quasi-certitude de la victoire. Pour les auteurs classiques, ce principe est également une condition à respecter. Il faut, avant de s'engager dans des hostilités, avoir des perspectives raisonnables de succès. Deux justifications expliquent ce principe. Premièrement, pendant longtemps, l'issue de la guerre était considérée comme la volonté de Dieu et la révélation de la partie qui était dans son droit. Si donc l'on estimait avoir été lésé objectivement, il fallait être certain de pouvoir l'emporter pour démontrer au monde la justice de ses allégations. Deuxièmement, ce principe de conduite se rapporte également à une considération humanitaire. Pour ne pas causer plus de mal que de bien, il fallait s'assurer au préalable et grâce aux procédures de règlement pacifique, que l'adversaire serait battu le plus rapidement possible. Ainsi que Vitoria l'exprimait :

« Comme un Etat est une partie de l'univers entier, et surtout, comme une province chrétienne est une partie de l'Etat, si une guerre était utile à telle province ou même à tel Etat mais qu'elle doive causer un dommage à l'univers ou à la chrétienté, je pense que pour cette seule raison, elle serait injuste. »¹⁸¹

Aujourd'hui la procédure instaurée par la *Charte des Nations Unies* n'est guère différente. Placé après le chapitre 6 sur le Règlement pacifique des différends, selon l'ordre des préoccupations des rédacteurs de la Charte, le Chapitre 7 (« Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression ») et ses treize articles organisent les pouvoirs conférés au Conseil de sécurité pour qu'il traite les menaces ou ruptures de la paix. Les quatre premiers lui accordent tout d'abord ces pouvoirs. Les cinq suivants lui donnent les moyens de les utiliser. Les trois d'après établissent les obligations des Etats membres et les mesures de compensation envers les Etats touchés. Le dernier article (art. 51) consacre le droit naturel de légitime défense individuelle et collective. Voilà qui constitue, selon le professeur Tavernier « un système complet, cohérent et progressif »¹⁸².

Lors d'un évènement conflictuel dans l'ordre international, le Conseil de sécurité doit, avant toute action collective, qualifier la situation et faire le constat de *l'existence d'une menace*

¹⁸¹ F. de VITORIA, *Leçons sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1980, 13.

¹⁸² P. TAVERNIER, *op. cit.*, note 154, p. 15.

contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression (art. 39). Ces concepts ont été formulés de manière volontairement générale et imprécise pour donner au Conseil de sécurité une grande marge de liberté dans l'examen des situations soumises. Après la constatation d'une situation belliqueuse, le Conseil de sécurité peut prendre, en vertu de l'article 40, des mesures provisoires pour *empêcher la situation de s'aggraver*¹⁸³ mais qui ne préjugeront pas de l'issue du conflit. Il s'agit de diminuer l'impact de la crise sur les populations ou d'éviter qu'un conflit léger ne dégénère.

Ensuite viennent les articles 41 et 42 qui mettent en places les mesures progressives de sanctions contre l'Etat responsable ; l'article 42 étant l'ultime recours. Dans le but de contraindre l'Etat à suivre les recommandations prises en vertu de l'article 39, le Conseil de sécurité *peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises* selon l'article 41¹⁸⁴.

Enfin, et c'est l'aboutissement du raisonnement, dans les cas où *le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix* (art. 42). Il faut souligner que le Conseil de sécurité n'a effectivement pas l'obligation de recourir à tous les moyens pacifiques dont il dispose. Cela serait catastrophique pour les populations qui pourraient souffrir très longtemps avant qu'il n'épuise toutes les voies disponibles. Le Conseil de sécurité doit seulement, avant d'autoriser des troupes à s'engager, se livrer à une appréciation d'opportunité guidée par les expériences passées. Il doit notamment mettre en balance la nécessité de résoudre un conflit meurtrier avec la possibilité d'engendrer, par l'intervention qu'il autoriserait, des maux supplémentaires et inutiles. L'action par la force est davantage conçue comme un moyen de dissuasion à l'encontre d'un Etat fautif dans le cas où ce dernier ne se serait pas plié à la volonté commune des membres du Conseil de sécurité exprimée par les mesures préalables. Le système de la *Charte des Nations Unies* est donc essentiellement fondé sur la dissuasion plutôt que sur la répression.

Enfin, la Charte prévoit qu'une fois la décision de l'action militaire prise, les modalités

¹⁸³ Elles pourront correspondre à des ordres de cessez-le-feu, des appels à la conclusion d'une trêve, différentes formes d'embargo ou la création d'organes d'enquête ou de surveillance.

¹⁸⁴ Il pourra s'agir d'interruptions totales ou partielles des relations économiques, maritimes, aériennes ou postales, etc. ainsi que de la rupture des relations diplomatiques.

pratiques de cette action devront être fixées par des accords spéciaux en vertu de l'article 43. Aux termes de celui-ci, *les Membres des Nations Unies, afin de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales, s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités [...] nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales.* Tout le mécanisme coercitif de l'ONU dépend de ces accords spéciaux. S'ils n'ont pas lieu, le système est inopérant. Malheureusement, l'échec des négociations concernant l'article 43 lors de la rédaction de la Charte a conduit à laisser en suspens de nombreuses questions pratiques fondamentales. Comme l'exprime Alexandra Novosseloff :

« Ces échecs de la mise sur pied des structures du Comité d'Etat-major et de la signature des accords spéciaux privent le Conseil de sécurité d'un outil militaire, donc de moyens propres pour faire respecter ses décisions et mener ses actions. En conséquence, il est dépourvu dès le départ, d'expertise militaire, de doctrine militaire, et s'en détournera progressivement. »¹⁸⁵

Mais quoi qu'il en soit, la logique inscrite dans la Charte n'est pas différente de celle qui animait déjà les théoriciens de la guerre depuis St Augustin, et qui voyaient, dans le recours aux armes, le moyen suprême dont il fallait n'user qu'en cas d'extrême nécessité. Plusieurs exemples contemporains d'intervention militaire se situant parfois hors des cas prévus par la *Charte des Nations Unies* illustrent cette volonté de respecter la condition de l'ultime recours. Dans le cas de la crise irakienne de 2003, le Président américain G. W. Bush a soutenu avoir respecté cette condition. Il justifia sa décision d'intervenir en raison de l'échec de toute tentative de règlement du conflit relatif aux prétendues armes de destructions massives (ADM) et du danger imminent qu'elles représentaient. La guerre était donc la seule manière, pour le Président américain, de régler un problème aussi pressant.

« Pendant plus de dix ans, les Etats-Unis et d'autres pays ont fait des efforts patients et honorables pour désarmer le régime irakien en évitant la guerre. Ce régime avait pris l'engagement, comme condition à la fin de la Guerre du Golfe Persique en 1991, de déclarer et de détruire toutes ses armes de destruction massive. Depuis, le monde s'est livré à douze années de diplomatie. Nous avons adopté plus d'une douzaine de résolutions au Conseil de sécurité des Nations Unies. Nous avons envoyé des dizaines d'inspecteurs en armement de l'ONU afin de vérifier le désarmement de l'Irak. Notre bonne foi n'a pas été payée en retour. [...] Les efforts pacifiques visant à désarmer le régime irakien ont tous échoué les uns après les

¹⁸⁵ A. NOVOSSELOFF, *op. cit.*, note 135, p. 180.

autres, parce que nous n'avions pas affaire à des hommes pacifiques. »¹⁸⁶

Le Président Bush a donc déclaré la guerre, en premier lieu, au nom d'une menace imminente que ferait peser sur les Etats-Unis la présence d'ADM en Irak. L'administration Bush a considéré que tous les efforts fournis par la communauté internationale étaient vains et que, par conséquent, il n'y avait plus de temps pour trouver une alternative efficace à la menace d'agression. En ces conditions, selon la thèse des Etats-Unis, la menace grave justifiait une intervention militaire au titre de la légitime défense préemptive¹⁸⁷. Cependant, aucune ADM n'a jamais été trouvée en plus de dix années de recherches, depuis la guerre de 1991. Si bien que Hans Blix, chef de la délégation des inspecteurs de l'Agence internationale de l'énergie atomique en charge de trouver ces éventuelles armes, déclara que « la raison invoquée pour envahir l'Irak – les armes et la menace majeure qu'elles représentaient – était fausse »¹⁸⁸. Il apparaît donc difficile de considérer que le déploiement militaire était l'ultime recours contre une menace majeure représentée par des armes qui n'existaient pas. Quant à savoir si la guerre était l'ultime recours envisageable pour réussir à libérer le peuple irakien de son tyran, la solution semble, en revanche plus mitigée. Si cette cause avait été la réelle motivation des Etats-Unis, le *jus ad bellum* traditionnel pourrait éventuellement permettre une intervention de dernier recours. Défait militairement douze ans plus tôt, l'Irak en 2003 supportait depuis treize ans un embargo économique, financier, commercial et militaire. L'obligation de démilitarisation partielle promulguée par l'ONU en 1991 par la *Résolution 687* n'a pas empêché les crimes graves et répétés envers la population irakienne et les opposants au régime du parti Baas. La dictature de Saddam Hussein, qui a fait des milliers de morts sur son propre territoire n'a donc pas volé sa destitution. L'on ne peut que s'en satisfaire en soi. Le motif humanitaire pourrait donc être soutenu pour justifier une intervention militaire comme ultime recours. Vitoria ou Grotius, y auraient probablement consenti sur ce fondement.

A l'issue de la procédure précédant le déclenchement des frappes, si les conditions de l'autorité légitime et de dernier recours sont respectées, il reste encore une exigence à remplir à la lumière des conditions historiques relatives au recours à la force. Elle est également une

¹⁸⁶ Georges W. BUSH, *Allocution télévisée*, 17 mars 2003, disponible sur le site du Département d'Etat américain : <http://usinfo.state.gov> (dernière consultation : mai 2007).

¹⁸⁷ *Infra*, Deuxième partie, I, §2, A. 3. « Légitime défense préventive », p. 91.

¹⁸⁸ *Le Nouvel Observateur*, 11 mars 2004 ; Hans BLIX, *Les armes de destruction introuvables*, Paris, Fayard, 2004.

condition procédurale nécessaire à la justice de la guerre et elle est codifiée par le droit conventionnel. Il s'agit de l'exigence, pour l'autorité légitime, de déclarer ses intentions belliqueuses à son adversaire avant de lancer les opérations militaires. Cette exigence est communément appelée « déclaration de guerre ».

§3. La déclaration de guerre

Malgré de très nombreuses exceptions, la règle de la notification préalable est traditionnellement acceptée par l'ensemble des théoriciens de la guerre. Ils voient dans l'exercice militaire une fonction noble et loyale qui obéit à une déontologie dont le fondement réside dans le fait que, bien que combattants, les hommes n'en restent pas moins humains et portent en eux-mêmes une dignité qui force le respect de l'adversaire ou, du moins, du genre humain. L'exigence d'une déclaration de guerre préalable, à la charge de l'autorité légitime, se situe dans cette idée.

Dans l'Antiquité, la déclaration de guerre était obligatoire. Différents peuples connaissaient et appliquaient ce précepte : notamment les Chinois, les Hébreux, les Grecs et surtout les Romains. A Rome, la guerre est fondée sur la poursuite d'une revendication de droit. C'est pourquoi elle doit être déclarée et ne pas être provoquée dans la surprise. C'était même une condition formelle indispensable à la justice de la guerre. Elle souligne le formalisme qui devait entourer le déclenchement de la guerre. Une guerre était juste davantage parce qu'elle respectait les règles de déclaration que parce ses causes étaient justes. De nombreuses formalités et rites sacrés devaient être accomplis. Un collège spécial rassemblant les prêtres féciaux, était chargé de veiller au formalisme de la déclaration de guerre afin d'empêcher toute guerre qui n'aurait pas respectée, au préalable, l'accomplissement des rites. Parmi ces derniers, on trouvait par exemple celui en vertu duquel un prêtre devait prendre une lance et la jeter sur le territoire ennemi avant que les troupes puissent engager les hostilités¹⁸⁹. Cependant, cette procéduralisation de la guerre donnait souvent l'apparence du bon droit. Les Romains n'avaient pas de peine à trouver des motifs de réparer une injustice subie ou de venger un honneur terni : il suffisait qu'une de leur ambassade soit éconduite pour avoir un motif juste de guerre. L'enjeu résidait donc sur des considérations formelles ou religieuses plus que fondamentales. On relèvera, autant pour

¹⁸⁹ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 89.

l'anecdote que pour ce qu'elle illustre, que le Sénat romain avait même eu l'idée de faire acheter un bout de terrain à un soldat transfuge de l'armée de Pyrrhus afin d'attribuer artificiellement cet emplacement à ce dernier et ainsi accomplir de façon plus commode les formalités requises comme le jet de javelot¹⁹⁰ !

Dans le cadre de la doctrine de la guerre juste, la déclaration de guerre revêt une importance nouvelle et considérable et est liée à la condition d'ultime recours. L'emploi des armes doit être la seule solution efficace et proportionnée envisageable pour vider le différend entre Etats. L'on ne doit pas forcément tout essayer, au risque de perdre un temps précieux, mais que l'on doit tout envisager pour convaincre son adversaire de son bon droit, et tout peser avant d'intervenir. Dans la conception médiévale de la guerre juste, la cause de guerre réside dans une faute ou un tort objectif d'un Etat envers un autre. Dans ces conditions, l'Etat qui juge qu'il est lésé doit tout envisager pour que l'autre répare la faute commise et qu'ainsi, il renonce à l'emploi des armes. La déclaration de guerre, dans les théories médiévales, ne relève donc pas simplement d'une motivation formelle comme dans l'Antiquité, elle constitue en réalité l'ultime avertissement destiné à mettre solennellement l'ennemi face à ses responsabilités, la dernière chance pour lui de se rendre à la raison avant qu'il n'intervienne.

Une certaine partie de la doctrine, en particulier la doctrine anglo-saxonne qui fut traditionnellement critique à l'égard de la condition de la déclaration préalable, considérait en revanche qu'une notification faisait perdre le bénéfice précieux de la surprise. Il s'agissait en outre d'une complication supplémentaire dans la détermination de la date du conflit – l'observation des premières frappes étant tout à fait suffisant. « L'auteur américain Grafton Wilson estimait en 1936 que, sur environ 140 guerres survenues entre 1700 et 1907, une dizaine à peine avaient commencé après une déclaration préalable. »¹⁹¹ Du côté des Japonais, il apparaît également que ce précepte ne fut pas scrupuleusement observé aux cours des derniers siècles¹⁹². On a observé néanmoins lors des deux conflits mondiaux, un certain retour au respect des prescriptions conventionnelles de déclaration de guerre malgré un bon nombre d'exceptions¹⁹³.

¹⁹⁰ G. BACOT, *op. cit.*, note 71, p. 11.

¹⁹¹ C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, p. 30.

¹⁹² Deux exemples japonais célèbres illustrent ce manque de respect : l'invasion nipponne de la Chine le 25 juillet 1894, puis de la Russie le 9 février 1904. Voir respectivement *RGDIP*, 1894, pp. 459-468 et *RGDIP*, 1907, pp. 302-321, cité par C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, p. 30.

¹⁹³ C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, pp. 33-34. Si les Puissances alliées ont généralement observé cette exigence, les Puissances de l'Axe ont, quant à elles, été moins scrupuleuses (attaque de la Pologne par l'Allemagne le 31 août 1939, et de l'URSS le 22 juin 1941, attaque des Etats-Unis par le Japon le 7 décembre 1941 suivie d'une déclaration

L'exigence de déclaration de guerre ou, « avertissement préalable sans équivoque » fut codifiée en droit international positif par la *Convention III de La Haye* du 18 octobre 1907 relative à l'ouverture des hostilités¹⁹⁴. Elle peut prendre deux formes : une déclaration avec effet immédiat ou une déclaration de guerre conditionnelle (ou ultimatum).

En ce qui concerne la déclaration de guerre à effet immédiat, elle a pour conséquence *ipso facto* l'état de guerre. Malgré quelques exceptions historiques, cette forme de déclaration ne conditionne aucunement le début des frappes au respect d'une ou plusieurs conditions. Elle est une notification qui met l'adversaire devant le fait accompli : l'entrée en guerre. En principe, cette notification doit être motivée à l'égard de l'adversaire. Mais en pratique, elle ne l'est pas toujours. L'on pourra, pour s'en rendre compte, se référer à la liste des déclarations de guerre faites à l'occasion des premier et second conflits mondiaux¹⁹⁵. La *Convention III de La Haye* exige également que la déclaration de guerre soit notifiée aux Puissances neutres (art. 2). Enfin, le Pr. Rousseau précise qu'à l'époque contemporaine, « [c]'est le droit public interne de chaque Etat qui détermine l'autorité étatique compétente pour déclarer la guerre, le Parlement étant habituellement associé sur ce point, suivant des modalités variables, aux initiatives de l'Exécutif »¹⁹⁶.

L'ultimatum, quant à lui, « est une sommation rédigée en termes péremptoires adressée à un Etat dans le but d'obtenir, dans un délai généralement très bref, certaines satisfactions, [...] faute de quoi l'Etat de guerre naît automatiquement à la seule expiration de ce délai »¹⁹⁷. L'ultimatum peut prendre deux formes : une déclaration de guerre conditionnelle¹⁹⁸ ou une déclaration « avec menace assortie d'une sommation à terme »¹⁹⁹. Il remplit donc deux rôles à la

formelle...) Par ailleurs, la guerre des Six jours de 1967 entre Israël et une coalition d'Etats arabes, la guerre Irak-Iran de 1980 à 1988, ainsi que la guerre anglo-argentine de 1982 n'ont pas non plus respecté la règle conventionnelle.

¹⁹⁴ *Convention relative à l'ouverture des hostilités*, 18 octobre 1907, B.S.P. 100/326, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

¹⁹⁵ *RGDIP*, 1918, pp. 84-92 pour la Première Guerre mondiale ; *Recueil de textes à l'usage des Conférences de la paix*, Paris, 1946, pp. 243-247 pour la Deuxième Guerre mondiale, cités par C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, p. 30.

¹⁹⁶ C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, pp. 31-32.

En France, c'est l'article 35 de la Constitution qui prévoit que la *déclaration de guerre est autorisée par le Parlement*. Aux Etats-Unis, l'article 1 al. 11 de la Section 8 de la Constitution donne le pouvoir au Congrès pour déclarer la guerre. En pratique, c'est le Président des Etats-Unis qui prend l'initiative et qui invite l'assemblée des deux chambres à voter la guerre.

¹⁹⁷ C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, p. 32.

¹⁹⁸ Par exemple, la déclaration franco-britannique à l'Allemagne le 3 septembre 1939.

¹⁹⁹ C. ROUSSEAU, *op. cit.*, note 114, p. 32. Par exemple, la déclaration du gouvernement allemand annonçant l'Anschluss le 11 mars 1938.

fois : celui de préavis et celui de sommation. Quelques exemples toutefois soulèvent certaines questions ou critiques. Ainsi, lors des deux premiers conflits mondiaux, l'Allemagne n'a pas respecté les conditions envers la Belgique puisque, le 2 août 1914, elle ne donnait aucun délai, et le 10 mai 1940, elle ne l'informait de l'ultimatum qu'après l'avoir envahie. Un autre cas alimenta de nombreux débats : celui de l'entrée en guerre des Etats-Unis contre le Japon après l'attaque de Pearl Harbour. L'état de guerre existait-il dès le jour de l'attaque, le 7 décembre 1941 ? Ou était-ce le jour du vote de la guerre par le Congrès, le 8 septembre, que la guerre était déclarée ? La jurisprudence fut assez divisée. Malgré certaines décisions de tribunaux martiaux qui admettaient que l'état de guerre puisse exister indépendamment de la déclaration formelle²⁰⁰, la majorité de la jurisprudence fixait le début de la guerre au 8 septembre²⁰¹.

En ce qui concerne le déploiement des troupes de la coalition en Irak en 2003, force est de constater en revanche que l'exigence de notification préalable fut bien observée. Le Président Bush a, par deux fois, prononcé des allocutions télévisées, diffusées partout dans le monde et qui correspondaient à la déclaration de guerre sous la forme d'une menace assortie d'une sommation à terme. « Saddam Hussein et ses fils doivent quitter l'Irak dans les quarante-huit heures. Leur refus de le faire entraînera un conflit armé qui commencera à un moment de notre choix. »²⁰² Comme le note le Pr. Mampuya, M. Bush « se situe dans la tradition de l'art guerrier et du droit de la guerre classique, lançant un ultimatum avec déclaration de guerre et avertit les tiers pour qu'ils quittent la zone de combats, notifiant ainsi l'Etat de guerre à ceux que l'on peut considérer comme les neutres »²⁰³.

*

Le recours aux armes dans les relations internationales ne peut se faire sans, au préalable, observer de nombreuses normes. A l'interdiction de principe du recours à la force, qui s'est formée au cours des siècles, s'ajoutent plusieurs conditions procédurales applicables en tous les cas. En respectant ces règles, le recours aux armes pourra être investi d'une certaine légalité.

²⁰⁰ Par exemple : Cour suprême du Massachussetts, 29 octobre 1942, *Annual Digest of public international law cases* (AD), 1941-42, 135. pp. 431-435.

²⁰¹ Par exemple : Cour suprême de la Caroline du Sud, 27 avril 1943, AD, 1943-45, 99, pp. 289-292 ; Cour suprême de l'Idaho, 17 janvier 1944, AD, 1943-45, 100, pp. 293-300.

²⁰² G. W. BUSH, *loc. cit.*, note 186.

²⁰³ A. MAMPUYA, *loc. cit.*, note 87, p. 84

Cependant, même une guerre légale peut être contraire à la raison, à la justice. Une guerre décidée par le Conseil de sécurité peut être illégitime parce qu'elle n'est pas conforme à certaines prescriptions morales essentielles comme la maîtrise et la justice de la conduite des hostilités. Aux conditions légales et procédurales s'ajoutent donc d'autres conditions qui, bien qu'étant consacrées par des conventions pour la plupart, font d'abord référence à des considérations morales de légitimité.

DEUXIEME PARTIE

GUERRE ET LEGITIMITE

Pour qu'une guerre soit légitime, le respect de plusieurs conditions s'impose. Elle doit être fondamentalement juste dans sa cause, dans son déroulement ainsi que dans son dénouement. En d'autres termes, on peut dire qu'une guerre doit être justement fondée, justement menée et justement terminée. La cause légitime (I) et la conduite des hostilités (II) seront étudiées. Le *jus post bello* et la fin des conflits seront brièvement abordés dans les remarques finales.

I. LA CAUSE LEGITIME

La notion de cause légitime ou juste cause a été, pendant longtemps, au cœur des doctrines de la guerre. Dans l'Antiquité et au Moyen Age, le *casus belli* était le point de départ qui déterminait la suite de toute la procédure qui mènerait éventuellement à la guerre (§1). A l'heure actuelle, le droit conventionnel et le droit coutumier ont interdit en principe de faire la guerre mais admettent toutefois quelques exceptions pour certaines causes (§2).

§ 1. Dans la doctrine classique

Le cœur de la doctrine de la guerre juste concerne la cause de la guerre. La détermination des causes pour lesquelles un prince était jugé en droit de se battre ne pouvait être laissée au bon vouloir de ce dernier au risque qu'il parte en guerre pour des motifs futiles ou dans la poursuite d'intentions mauvaises. De la justice de la cause résultera ou non la possibilité de déclencher les hostilités. Si la cause est juste, tout le processus préalable menant au déclenchement des frappes devra alors être respecté. Qui est l'autorité légitime ? Toutes les solutions pacifiques ont-elles été envisagées ? Les intentions belliqueuses du prince ont-elles été notifiées à la partie adverse ?

Dès l'Antiquité, la notion de justice de la guerre est bien présente. Elle est même un idéal

affirmé. Redslob fait remarquer que la maxime d'Aristote « la guerre ne se fait qu'en vue de la paix »²⁰⁴ est proclamée par des historiens et philosophes²⁰⁵. Ainsi, « Grecs et Romains, quand ils entrent en campagne, s'efforcent toujours de démontrer la justice de leur cause ». C'est une question à la fois de respect de l'adversaire et d'honneur. Les Romains comme les Grecs feront donc savoir la raison de leur recours aux armes et formuleront leurs prétentions.

Les causes justes de guerre sont nombreuses et peuvent être nouvelles à chaque fois. L'honneur a une grande importance, tout comme la sainteté des traités. Ainsi, la rupture d'un traité, le refus d'une ambassade, une injure commise contre un représentant officiel ou une invasion, constituaient des causes de guerre. Le récit légendaire de la guerre de Troie peut suffire à faire comprendre la notion assez large de juste cause de guerre chez les Grecs, l'enlèvement par Pâris de la femme du roi Ménélas, Hélène, ayant été la cause du déclenchement de cette grande guerre. Le déclenchement des guerres ne tenait donc qu'à peu de chose.

De plus, le formalisme avait un grand rôle dans l'appréciation de la justice d'une guerre. L'on ne saurait vraiment dire s'il était moins important que la cause réelle des hostilités. Il importait que la guerre soit déclarée dans les formes et c'était presque tout ce qui comptait. Ainsi Cicéron attachait encore une place très grande aux formalités procédurales, et au respect des lois féciales qu'il met en relation directe avec la justice de la guerre :

« Les principes de justice applicables à la guerre ont été religieusement consignés dans les lois féciales du peuple romain ; d'où cette conclusion qu'il n'y a de guerre juste que si elle vise à obtenir une restitution, ou si elle a été auparavant officiellement déclarée. »²⁰⁶

Cette alternative surprenante indique que le philosophe latin acceptait deux hypothèses de guerre. Soit elle devait avoir pour mission de réparer une injustice, soit la guerre devait avoir été déclarée en bonne et due forme. Malgré ses belles idées de justice universelle et de bien commun, Cicéron n'avait pas abandonné pour autant cet esprit à la fois belliqueux et formaliste propre à la civilisation romaine : « Quand on lutte pour l'empire, quand on fait la guerre pour la gloire, il faut absolument s'appuyer sur les mêmes conditions qui font [...] les guerres justes. Mais ces guerres [...], il faut les mener avec moins d'acharnement »²⁰⁷. Les guerres pour

²⁰⁴ ARISTOTE, *op. cit.*, note 126, IV, 13, § 8

²⁰⁵ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 87. L'auteur donne de nombreux exemples : CICÉRON, *Des lois*, II, 14 ; III, 4 ; XENOPHON, *Helléniques*, VI, 3, 5 ; EURIPIDE, *Fragments*, 361.

²⁰⁶ CICÉRON, *op. cit.*, note 67, I, 11.

²⁰⁷ *Id.* I, 12.

l'empire, la gloire ou l'honneur étaient donc parfaitement légitimes. Elle devait simplement être menée avec moins d'acharnement. La justice de la guerre semblait davantage dépendre du respect des lois féciales que du bien-fondé des prétentions des parties.

Au IV^{ème} siècle, St Augustin se saisira de la question et reprendra certains aspects de la pensée de Cicéron. Il a abordé fréquemment la question dans ses multiples correspondances et grâce à l'observation des faits de son temps et de la chute de l'Empire de Rome. Il attachera une grande importance à la question de la juste cause dans ses écrits. « Ce qu'il importe de considérer, ce sont les motifs et les auteurs de la guerre à entreprendre. »²⁰⁸ Il écrira dans ses *Questions sur l'Héptateuque*, qu'« on a coutume de définir les guerres justes celles qui punissent les injustices quand il y a lieu, par exemple de châtier un peuple ou une cité qui a négligé de punir un tort commis par les siens, ou de restituer ce qui a été enlevé par violence »²⁰⁹. Reprenant la maxime d'Aristote, St Augustin affirmera souvent que la guerre est faite « en vue de la paix et du salut commun »²¹⁰. C'est d'ailleurs à cette occasion qu'il formulera sa définition de la paix qui est selon lui « la tranquillité dans l'ordre »²¹¹.

La théorie de St Augustin ressemble fort il est vrai à celle de Cicéron. Cependant, elle est pleine de l'esprit évangélique et toute notion de gloire ou de conquête y disparaît. La juste guerre se justifie par une injustice commise par l'adversaire et que lui-même ne peut nier. Pour St Augustin, il est nécessaire de combattre le mal pour ne pas s'en rendre complice. Comme le soulignait St Ambroise : « [n]e pas éloigner de son voisin l'injustice, quand on le peut, c'est être aussi coupable que de la commettre »²¹². St Augustin écrira donc simplement : « la guerre et les conquêtes, qui sont un bonheur pour les méchants, sont pour les bons une nécessité »²¹³. La guerre est plus qu'un droit. Elle est une nécessité qui s'impose. L'on voit dans cette certitude morale de l'auteur toute la différence avec le monde moderne où l'hétérogénéité entre les Etats et le relativisme culturel ne permettent plus d'identifier si nettement là où s'arrête le bien et où commence le mal.

C'est sur ce capital de pensée que St Thomas fondera la majorité de ses réflexions sur le sujet. La deuxième condition nécessaire à la juste guerre – la première étant l'autorité du prince –

²⁰⁸ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 13, XXII, 75.

²⁰⁹ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 70, VI, 10 ; *Sur Josué*, 8,2. P.L. 34, 781.

²¹⁰ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 174.

²¹¹ St AUGUSTIN, *La cité de Dieu*, XIX, 13, disponible sur : <http://www.abbaye-saint-benoit.ch/saints/augustin/citededieu/livre19.htm> - Toc510702327 (dernière consultation : août 2007).

²¹² St AMBROISE, *Les devoirs*, trad. Maurice TESTARD, Paris, Les belles lettres, 1984, I, 36.

²¹³ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 211, IV, 15.

est « la juste cause : il est requis que l'on attaque l'ennemi en raison de quelque faute »²¹⁴. Et là-dessus de citer le texte de St Augustin sur les guerres légitimes. On peut relever également à d'autres endroits que la guerre est faite « pour le bien commun »²¹⁵ et que « ceux qui font des guerres justes cherchent la paix »²¹⁶. Punir une faute, obtenir réparation d'une injustice en vue du bien commun et de la paix, toutes ces notions ne sont pas nouvelles et l'auteur ne se contente, en fait, que de les rassembler dans sa somme théologique. Le mérite de St Thomas est d'avoir fait de la question de la guerre un sujet clairement traité et systématisé, qui, à partir de la diffusion de son ouvrage dans toutes les écoles et séminaires, deviendra un sujet classique d'enseignements et de commentaires. C'est ce que fera également Grotius, au XVII^{ème} siècle, et qui constituera le plus grand intérêt de son œuvre *Du droit de la guerre et de la paix*.

Mais une question a longtemps éveillé les commentateurs et théoriciens. C'est celle de la culpabilité de l'adversaire. St Thomas estime que l'adversaire doit avoir commis « quelque faute » pour que l'on puisse le punir par les armes. Pour bien comprendre d'où était issu le droit de guerre juste, il faudrait s'interroger sur la nature de la faute ou du fautif. L'adversaire devait-il être coupable d'une faute ? Ou bien devait-il simplement être responsable d'une faute, sans en être forcément coupable ? L'ignorance, la bonne foi ou la méprise pourraient en effet justifier son acte. La question est controversée, mais il apparaît qu'au Moyen Age, toute violation d'un droit constituait une faute, et toute faute était coupable. Pour St Augustin ou St Thomas, il est impossible de concevoir qu'un fautif ne soit pas coupable objectivement et que cette faute ne soit pas génératrice d'un droit à réparation. Il n'y a guère alors ce que l'on appelle en droit pénal aujourd'hui des *causes d'irresponsabilité* qui pourraient faire qu'un fautif soit innocent. Au Moyen Age, la faute est purement objective et n'implique pas forcément la culpabilité au sens moderne de celui qui la commet. Ainsi que le résume Robert Regout, au Moyen Age, le droit de la guerre ne se préoccupait pas tant de « la culpabilité de l'injustice, mais de l'injustice qui est coupable »²¹⁷. Le droit de vengeance et de punition était ainsi justifié, pour le bien commun et le bien de l'adversaire qu'il fallait remettre dans le droit chemin. La violation objective d'un droit pouvait donc suffire à déclarer la guerre.

Cette question va faire l'objet de multiples commentaires et d'objections pendant près de

²¹⁴ St THOMAS, *op. cit.*, note 23, réponse 2, p. 280.

²¹⁵ *Id.* solution 2, p. 281.

²¹⁶ *Id.* solution 3, p. 281.

²¹⁷ R. REGOUT, *op. cit.*, note 75, cité par G. BACOT, *op. cit.*, note 71, p. 33.

trois siècles avant que Vitoria et l'Ecole de Salamanque n'aillent de l'avant en tentant de lever les contradictions. L'objection majeure résidait dans le fait qu'au Moyen Age, on considérait qu'une partie avait nécessairement commis une faute que personne ne pouvait nier et qui méritait la réaction de la victime. Mais ne pouvait-il pas y avoir des situations moins claires ? Une partie aurait pu ne pas commettre de faute coupable en agissant sous l'empire de l'ignorance, l'erreur ou la bonne foi. En outre, deux Etats de bonne foi pouvaient simultanément s'estimer lésés l'un par l'autre et se demander mutuellement réparation.

Tout d'abord, Vitoria commencera par reprendre les justes motifs de guerre en les détaillant davantage. Il résume ainsi les enseignements de ses prédécesseurs : « seule une injustice peut constituer une juste cause de guerre »²¹⁸. Il se fait néanmoins plus précis et donne les quatre seules raisons de prendre les armes : « on fait la guerre premièrement pour se défendre, soi et ses biens, deuxièmement pour recouvrer les choses enlevées, troisièmement pour punir l'injustice subie, quatrièmement pour assurer la paix et la sécurité »²¹⁹. Cette dernière cause est très vaste. La guerre peut se faire pour « le bien de l'univers tout entier »²²⁰. Là se traduit la grande conception de solidarité des peuples entre eux, formant ainsi l'*orbis*, et le fondement du droit d'intervention.

Sur la question de la faute, Vitoria se fait également plus clair que ses prédécesseurs. Il se rend bien compte que plusieurs souverains peuvent penser de bonne foi avoir un juste titre à défendre par les armes. C'est là l'un des grands apports de Vitoria à la théorie de la guerre juste. Il cesse de considérer qu'il faut nécessairement une faute objective pour pouvoir faire la guerre parce que, bien souvent, il n'y en a pas. Un Etat peut avoir été joué par une erreur invincible et, de bonne foi, penser détenir une juste cause de guerre. Sans l'affirmer explicitement – l'idée reste en filigrane tout le long de son œuvre – Vitoria ne considère donc plus que la faute de l'adversaire soit une condition indispensable pour la justice de la guerre. Il dit en effet :

« est-il suffisant, pour que la guerre soit juste, que le prince croie défendre une juste cause ? Non, ce n'est pas toujours suffisant [...] car ils peuvent commettre une erreur vincible et dont ils sont responsables. [...] En outre, s'il en était autrement, il s'en suivrait que beaucoup de guerres seraient justes des deux côtés. Car, habituellement, les princes n'entreprennent pas la guerre de mauvaise foi mais ils croient combattre pour une juste cause. Ainsi tous les belligérants seraient innocents

²¹⁸ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 36, p. 122.

²¹⁹ *Id.*, n° 126, p. 145.

²²⁰ *Id.*, n° 15, p. 114.

et, par conséquent, il ne serait pas permis de les tuer pendant la guerre. »²²¹

Si l'on poursuit ce raisonnement, il s'ensuit que seule l'ignorance invincible excuse le prince si ce dernier n'a pas commis de négligence coupable. Dans ces circonstances, la guerre perd son caractère vindicatif ou punitif. Puisqu'il n'y a pas de culpabilité de l'adversaire, nul besoin de le punir. Seule la nécessité de réparer une injustice doit mouvoir le prince, ce qui apportera un élément de proportionnalité. Vitoria donne des exemples à l'appui de ses affirmations : selon lui, la province de Bourgogne appartient en réalité à l'Espagne et non à la France qui croit pourtant la posséder de bonne foi. Ainsi, l'Espagne bénéficierait d'une cause juste de guerre pour recouvrer cette province et la France, si elle s'y opposait, ne serait pas pour autant coupable de cette résistance. Les pertes humaines ne seront donc pas des punitions mais seront considérées comme des maux nécessaires si l'enjeu en vaut la peine car « n'importe quelle injustice ne suffit pas pour déclarer la guerre »²²².

Cette grande avancée de Vitoria, qui introduira un raisonnement subjectiviste, va cependant diminuer l'intérêt de la doctrine objectiviste de la guerre juste. Si, en effet, un prince peut faire la guerre alors même que le motif n'est que subjectivement juste, il s'ensuit que deux princes peuvent se faire la guerre pour des motifs respectivement justes. Ce cas de figure, admis par le dominicain espagnol, était très courant en pratique parce que probablement pas un prince ne doutait de son bon droit lorsqu'il entrait en guerre. Il affirme en effet :

« Est-il possible qu'une guerre soit juste des deux côtés à la fois ? Sauf en cas d'ignorance, il est évidemment impossible que cela arrive. [...] En cas d'ignorance vraisemblable du fait ou du droit, la guerre peut être juste en elle-même du côté où se trouve la véritable justice. Elle peut aussi être juste de l'autre côté, c'est-à-dire être excusée par la bonne foi. En effet, l'ignorance invincible excuse totalement »²²³.

Mais il n'est pas tout à fait juste d'affirmer que Vitoria a entraîné le déclin de la doctrine de la guerre juste. Ce sont les dérives qui ont suivi qui l'ont fait décroître. Le professeur de Salamanque a en effet pris de grandes précautions contre ces dérives. Deux systèmes de garanties protègent sa théorie de la guerre juste en cas de prétention à la justice de la part des deux adversaires. Ces garanties cherchent à restreindre au maximum ce cas de figure. Premièrement, nous l'avons déjà observé, le fait de penser détenir une cause juste ne permet pas au prince de se

²²¹ *Id.*, n° 54-55, p. 127.

²²² *Id.*, n° 40, p. 122.

²²³ *Id.*, n° 95-96, p. 136.

lancer immédiatement dans le combat. « Il faut examiner avec beaucoup de soin la légitimité et les causes de la guerre et entendre aussi les raisons des adversaires, s'ils veulent discuter d'une manière équitable et honnête »²²⁴. Les princes ont l'obligation de recourir d'abord aux moyens pacifiques, à la négociation et aux discussions avec les sages et les adversaires, « sans colère, ni haine, ni cupidité »²²⁵. Le prince a donc un véritable devoir de tout tenter pour faire éclater la vérité et avoir une certitude la plus objective possible. Deuxièmement, si jamais cette première étape avait insinué un doute dans l'opinion de l'une ou l'autre des parties, ou encore si le bien-fondé suscitait un doute dès le départ, il deviendrait dès lors interdit de faire la guerre.

« Que faut-il faire lorsque la légitimité de la guerre est douteuse, c'est-à-dire lorsqu'il y a de chaque côté des raisons vraisemblables et plausibles ? En ce qui concerne les princes, il semble que si l'un a une possession légitime un autre ne peut la lui réclamer par la guerre et les armes tant qu'il y a doute. »²²⁶

Vitoria donne là encore plusieurs exemples et s'explique, en faisant la comparaison avec le droit civil : « En effet, en cas de doute, c'est la situation du possesseur qui prévaut. Il n'est donc pas permis de spolier un possesseur en cas de doute »²²⁷. Et pour bien consolider sa théorie et ne pas la laisser jouer en la faveur des princes peu soucieux, il ajoute à l'égard du possesseur de la chose :

« Même s'il possède d'une manière paisible, celui qui doute de son droit est tenu d'examiner sa cause avec soin et d'écouter calmement les raisons de la partie adverse, afin d'arriver, si possible, à une certitude soit en sa faveur, soit en la faveur de l'autre. En effet, celui qui a des doutes et néglige de chercher la vérité n'est plus possesseur de bonne foi »²²⁸.

La négligence rend donc l'ignorance coupable et fait perdre le bénéfice de la juste cause. Et Vitoria n'hésitera pas à dénoncer et rejeter de nombreuses causes de guerre pourtant régulièrement invoquées depuis des siècles. Il s'en prend par exemple à « la différence de religion [qui] n'est pas une juste cause de guerre »²²⁹. Il se fera d'ailleurs très sévère quant aux prétentions universelles de la papauté et quant aux justifications erronées de la légitimité des titres espagnols dans les terres conquises en Amérique. Mais ce ne sont pas seulement aux Indiens que Vitoria pense. Il vise tous les « infidèles », dont les Turcs contre qui l'on ne peut

²²⁴ *Id.*, n° 58, p. 128.

²²⁵ *Id.*, n° 59, p. 128.

²²⁶ *Id.*, n° 76, p. 131.

²²⁷ *Id.*, n° 78, p. 132.

²²⁸ *Id.*, n° 84, p. 133.

²²⁹ *Id.*, n° 30, p. 120.

faire la guerre pour des raisons fondées sur la religion, à la différence des hérétiques que l'on doit empêcher d'attenter au dépôt de la foi catholique. Il condamne ainsi par avance les guerres de religion qui ont pourtant ensanglanté la deuxième moitié du XVI^{ème} siècle.

Les guerres de conquêtes non plus ne sont pas justifiées selon la doctrine vitorienne. « L'agrandissement de l'Empire n'est pas une juste cause de guerre »²³⁰ car il est interdit de tuer des innocents. Les guerres pour la gloire ou tout autre intérêt sont de même interdites : « [l]a gloire personnelle ou tout autre intérêt du prince n'est pas une juste cause de guerre »²³¹. Cette affirmation est très intéressante à la lumière de la politique internationale de nombreux Etats à l'heure actuelle. Vitoria propose de distinguer, comme l'a fait Aristote²³², le roi légitime qui « ordonne [le pouvoir] au bien commun », du tyran qui « ordonne le pouvoir à son profit et à son intérêt personnels ». L'on peut se demander en effet combien de guerres sont aujourd'hui déclarées ou menées, qui servent vraiment le bien de l'Etat et de l'univers ; combien de guerres font un mal plus grand que le bien qu'elles prétendent combattre. L'interdiction des guerres d'agression au XX^{ème} est de ce point de vue un progrès considérable et indispensable pour le bien commun de l'univers. Mais l'on voit encore bien, notamment avec l'exemple des deux premières guerres mondiales, combien l'appétit de certains gouvernants pour la domination est un phénomène ancien et lancinant. Les théories pangermaniques ou celles qui prônaient la « Grande Serbie » l'illustrent bien et rappellent les dérives expansionnistes et colonialistes depuis l'Antiquité jusqu'au XIX^{ème} siècle.

Les développements de Vitoria apparaissent donc suffisamment bien agencés pour éviter les mauvaises interprétations et en particulier, celle qui entraînera cette doctrine à sa perte : le probabilisme. Si la doctrine de la guerre juste ne sert plus à déterminer qui est objectivement dans son droit et qui peut, du même coup engager des hostilités de manière juste, elle perd son principal intérêt. C'est ainsi que les princes jouèrent de cette théorie du probabilisme pour légitimer des guerres sans nombre, lorsque les motifs de guerre étaient tout simplement probables. Certes le problème majeur de la conception médiévale de la faute résidait dans ce qu'on pouvait craindre un certain arbitraire dans la décision d'engager un conflit. Cependant, le mérite de cette conception classique était qu'en obligeant les Etats à rechercher rigoureusement

²³⁰ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 31, p. 121.

²³¹ *Id.*, n° 32, p. 121.

²³² ARISTOTE, *op. cit.*, note 126, I. IV, c. 10, 1295 a 19-20.

qui avait commis une faute objective, au besoin en faisant appel à un tiers, cela réduisait considérablement le nombre de causes de guerres en évitant le subjectivisme qui a triomphé du XVI^{ème} au XX^{ème} siècles. Mais le cadre moderne des relations internationales, empreint de relativisme et d'hétérogénéité, ne laissait plus de place à cette pensée objectiviste et universelle.

Quant aux auteurs qui suivront Vitoria, ils ne s'en distingueront pas fondamentalement. Grotius conserve pour sa part, la notion romaine de la cause juste. Il considère qu'il y a autant de causes de guerres que de sources de procès car « là où les voies de la justice font défaut, la guerre commence »²³³. Et il reprend les causes traditionnelles que nombre d'auteurs ont acceptées et qu'il cite abondamment : « la défense, le recouvrement de ce qui nous appartient et la punition »²³⁴. Plus tard, Kant se fera plus concis et affirmera que les cités ont le droit de se faire la guerre « comme moyen licite de poursuivre leur droit par la force, quand elles pensent avoir été lésées »²³⁵. Vattel ne sera guère plus original : « le fondement, ou la cause de toute guerre juste, est l'injure »²³⁶.

§2. Dans le droit positif

A l'heure actuelle, il existe des exceptions à l'interdiction du recours à la force. On a souvent l'habitude de les distinguer selon qu'elles sont prévues par la *Charte des Nations Unies* ou si elles sont admises en droit coutumier. On a déjà vu que l'une d'entre elles était l'intervention armée pour le rétablissement ou le maintien de la paix et de la sécurité internationales issue du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*. Celle-ci s'apparentait plutôt à une condition de la légalité de la guerre : si elle respecte les formes conventionnelles, elle est alors légale.

Une autre exception conventionnelle prévue par la Charte a cependant été placée dans cette partie de l'étude consacrée à la légitimité de la guerre en raison de sa nature. Il s'agit de la légitime défense. Ce « droit naturel », pour reprendre les termes de la Charte, et « légitime » selon son appellation même, possède des racines historiques très anciennes qui démontrent son caractère coutumier. Il fera l'objet d'un développement historique détaillé dans une première

²³³ H. GROTIUS, *op. cit.*, note 13, II, ch. I, II, 1, p. 163.

²³⁴ *Id.*, 2, p. 164.

²³⁵ E. KANT, *Principes métaphysiques du droit*, note 10, sect. II, § LVI, p. 224.

²³⁶ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, § 26, p. 92. Comme nous le verrons, Vattel s'illustrera toutefois en acceptant qu'une guerre soit entreprise à des fins préventives.

partie (1). D'autres exceptions admises par le droit coutumier seront abordées plus brièvement, à savoir l'intervention d'humanité et l'intervention humanitaire (2).

A. La légitime défense

Procédant du même droit naturel que celui qu'un individu acquiert lorsqu'il est attaqué et spolié, le droit de légitime défense est admis depuis toujours comme une cause indiscutable de juste guerre autant chez les Grecs que pour St Augustin, Vitoria ou le Conseil de sécurité des Nations Unies. Après les attaques du réseau Al-Qaïda le 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité acceptera même que les Etats-Unis exercent leur droit de légitime défense contre l'Afghanistan, convaincu d'avoir accepté et entretenu sur son sol le réseau terroriste, alors que celui-ci était pourtant le seul auteur de l'agression.

La théorie n'est pas nouvelle. Cependant, dans l'économie générale de la *Charte des Nations Unies*, elle ne possède qu'une importance très relative. Le texte original de la Charte ne prévoyait même pas d'insérer ce droit, tant la volonté était forte d'exproprier le plus possible le recours à la force de la compétence des Etats. Il fut finalement inséré sur l'insistance des Etats d'Amérique latine. Comme le souligne Robert Kolb²³⁷, la légitime défense, dans la Charte, est un droit résiduel et subordonné. Résiduel tout d'abord car le texte même de l'article 51 prévoit clairement que le droit de légitime défense peut s'exercer jusqu'à ce que le Conseil de sécurité réagisse et prenne le relais de l'Etat agressé²³⁸. La légitime défense est donc un droit provisoire, qui doit céder la place au système de sécurité collective. C'est également un droit subordonné parce qu'il n'est pas absolu et reste subordonné à certaines conditions de droit international tant dans ses modalités d'exercice que dans le fait que le Conseil de sécurité garde une priorité de principe le rendant capable d'intervenir à tout moment et de se substituer à l'action de l'Etat agressé. Robert Kolb l'exprime ainsi : « [l]a Charte donne la priorité aux mesures collectives du

²³⁷ R. KOLB, *Ius contra bellum, le droit relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003, n° 418, p. 182.

²³⁸ L'article 51 dispose : « Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

Chapitre VII sur les mesures unilatérales en légitime défense, dès que le Conseil agit. La légitime défense ne restreint donc pas le pouvoir d'action du Conseil, qui l'emporte sur l'action *uti singuli*. »²³⁹ Par ailleurs, la légitime défense peut s'exercer de manière collective. Il s'agit dans ce cas de l'intervention d'un Etat pour secourir un autre Etat avec lequel a été passé des accords de défense²⁴⁰. Le *Traité de l'Atlantique Nord* du 4 avril 1949²⁴¹ ayant donné naissance à l'OTAN est d'abord un traité de défense mutuelle et collective qui assure à l'Etat signataire l'aide militaire de chacun des Etats-parties au traité en cas d'attaque sur son territoire.

Aujourd'hui, l'exercice de ce droit est relativement défini mais, en revanche, la détermination de son champ d'application prête encore à controverses. Ses conditions d'exercice résident dans deux principes. La C.I.J. dans l'affaire du *Nicaragua* en 1986 les rappelle en reprenant à son compte la décision d'arbitrage rendue dans l'affaire de *la Caroline* aux Etats-Unis en 1837²⁴² : selon une règle « bien établie en droit international coutumier », « la légitime défense ne justifierait que des mesures proportionnées à l'agression armée subie et nécessaires pour y riposter »²⁴³. La Cour affirme également de manière claire : « la licéité de la riposte à l'agression dépend du respect des critères de nécessité et de proportionnalité des mesures prises au nom de la légitime défense. »²⁴⁴ On examinera donc ces différentes conditions : d'une part, l'agression (1), et d'autre part, les principes de nécessité et de proportionnalité qui commandent à l'exercice de ce droit de l'autre (2). Enfin on s'interrogera sur l'étendue du droit en question, ou la question de la légitime défense préventive (3).

1. L'agression

La première condition inscrite dans la Charte, semble aller de soi : il faut nécessairement qu'il y ait eu une agression de la part d'un Etat pour que l'agressé soit investi du droit de réponse. C'est la cause justificative d'une guerre. Pour St Augustin ou Cicéron avant lui et tous ses successeurs, l'agression va plus loin que l'attaque contre l'intégrité territoriale. La juste

²³⁹ R. KOLB, *op. cit.*, note 237.

²⁴⁰ Ce droit collectif a été invoqué par les Etats-Unis au Liban en 1958 ou contre le Nicaragua en 1985, ou par l'U.R.S.S. pour justifier ses interventions à Prague en 1968 et en Afghanistan en 1979.

²⁴¹ *Traité de l'Atlantique Nord*, 4 avril 1949, R. T. Can. 1949 n° 7, (entrée en vigueur : 24 août 1949).

²⁴² *Infra*, I, §2, A, 3. « La légitime défense préventive », p. 91.

²⁴³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 176.

²⁴⁴ *Id.*, § 194.

guerre doit « venger des injures »²⁴⁵. Vitoria le confirme : « [s]eule, une injustice peut constituer une cause de guerre. »²⁴⁶ Pour ces auteurs, l'injustice conçue comme une agression constitue donc une cause de guerre juste. Elle a pu revêtir des formes différentes au cours des siècles comme mentionné plus haut²⁴⁷.

Aujourd'hui, la définition de l'injustice demeure entourée d'une certaine imprécision juridique. La notion d'agression, plus restrictive que celle d'injustice, s'est substituée peu à peu à celle d'injustice. Mais elle n'a pas en soi de définition formelle. L'imprécision juridique demeure encore à l'heure actuelle. L'on peut se référer à la *Résolution 3314 (29)* de l'Assemblée générale, adoptée le 14 décembre 1974 pour avoir des indices concrets sur la notion d'agression, mais ces indices ne s'imposent pas formellement. Ils sont seulement « l'expression du droit international coutumier » selon les termes de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua* en 1986²⁴⁸. L'agression constitue d'après la *Résolution 3314* la *forme la plus grave et la plus dangereuse de l'emploi illicite de la force*. Elle correspond à *l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies*. Il faut donc l'emploi de la force armée, et non seulement l'usage de moyens de contrainte économique ou autres. La résolution poursuit en estimant que l'emploi de la force armée consiste notamment en l'invasion ou attaque d'un territoire ou toute occupation militaire, même temporaire ; des bombardements ou emploi de toute armes par un Etat contre le territoire d'un autre ; le blocus des ports ou des côtes ; mettre à disposition son territoire à un autre Etat pour être utilisé pour des actes d'agression contre un Etat-tiers. La Résolution indique également qu'une attaque armée peut non seulement être commise par l'attaque de forces armées officielles d'un Etat mais également par *l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés*²⁴⁹. Cette disposition sera reprise telle quelle par la Cour de Justice en 1986.²⁵⁰

²⁴⁵ St. AUGUSTIN, *op. cit.*, note 70, VI, 10.

²⁴⁶ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 36, p. 122.

²⁴⁷ Supra, I, §1. « Dans la doctrine classique », p. 73.

²⁴⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 195.

²⁴⁹ *Définition de l'agression*, Rés. AG NU 3314 (XXIX), Doc. off. AG NU, 29ème sess. (14 déc. 1974), art. 3, al. g).

²⁵⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 195.

La Cour internationale de Justice reconnaît également le droit de légitime défense comme un droit coutumier. Mais elle opère toutefois une distinction entre les différentes formes d'emploi de la force fondé sur le principe classique de proportionnalité. D'une part, il y aurait « celles qui constituent une agression armée » et qui justifieraient l'emploi de la force en retour, et d'autre part, « d'autres modalités moins brutales » qui ne le justifieraient pas²⁵¹. Ce faisant, la Cour reprend, une règle que Vitoria avait déjà exprimé dans les mêmes termes :

« N'importe quelle injustice ne suffit pas pour déclarer la guerre. [...] Puisque tout ce qui arrive dans une guerre – meurtres, incendies, dévastations – est atroce et cruel, il n'est donc pas permis, en cas d'injustices légères, d'en poursuivre les auteurs par la guerre car les châtiments doivent être proportionnés à la gravité du délit. »²⁵²

Cette notion d'agression, qui légitime la défense militaire, désigne donc principalement une attaque armée d'un Etat contre un territoire étranger. Le champ d'application est, dès lors, bien plus restrictif que celui des auteurs des siècles passés qui admettaient généralement que toute injustice suffisamment grave entraînant ce droit. Il y a donc une différence avec l'époque actuelle puisque aujourd'hui, un grave différend entre Etats est censé se résoudre par le truchement des institutions internationales. Cependant, un Etat de bonne foi, gravement lésé par un voisin, ne peut forcer son adversaire à le suivre devant un tribunal dont il n'aura possiblement pas reconnu la compétence. Il pourrait donc arriver qu'en respectant cette règle un Etat puisse souffrir d'un déni de justice.

Les plus récentes déclarations se situant directement dans l'héritage de la doctrine de la guerre juste admettent, quant à elles, des causes plus larges de légitime défense, à savoir, « la défense contre l'injustice et la sauvegarde nécessaire des possessions légitimes »²⁵³. Le Concile Vatican II en 1965 le confirme. La légitime défense concerne « la juste défense des peuples »²⁵⁴, ce qui, on l'admettra, désigne davantage que la défense du territoire contre une agression armée. D'autant que, dans ce cas précis, la défense des peuples peut signifier à la fois la défense de son peuple et, à la fois, la défense des peuples étrangers injustement opprimés. Pour Jean-Paul II, les Etats « n'ont plus le droit à l'indifférence. [...] Les principes de la souveraineté des Etats et de la non-ingérence dans leurs affaires internes – qui gardent toute leur valeur – ne sauraient constituer

²⁵¹ *Id.*, § 191.

²⁵² F. de VITORIA, *op. cit.*, note 22, n° 40, p. 122.

²⁵³ PIE XII, « Discours du 30 septembre 1954 à l'Association médicale mondiale », *op. cit.*, note 9, 1954, 1283-1284.

²⁵⁴ CONILE VATICAN II, *op. cit.*, note 176, p. 152.

un paravent derrière lequel on pourrait torturer et assassiner »²⁵⁵. On le voit, la conception de l'agression de l'Eglise catholique – qui justifierait une intervention – est plus vaste que la notion d'agression couramment admise dans la doctrine juridique et se rapproche plus de la notion de droit d'intervention pour des motifs humanitaires. Elle se situe dans la droite ligne de la doctrine classique de la guerre juste qui mêle davantage de considérations morales au processus de prise de décision.

2. Nécessité et proportionnalité

S'il doit nécessairement y avoir une agression, les réponses militaires de l'Etat attaqué doivent, quant à elles, respecter les principes de nécessité et de proportionnalité. Elles doivent être strictement nécessaires à l'objectif poursuivi et ne pas excéder ses besoins. La Cour internationale de Justice le réaffirmera dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* en 1996 : « la soumission de l'exercice du droit de légitime défense aux conditions de nécessité et de proportionnalité est une règle de droit international coutumier. »²⁵⁶ ainsi que dans l'affaire du *Nicaragua*. D'où viennent donc les racines de cette coutume maintes fois réaffirmée par la Cour ?

Selon la doctrine classique de la guerre, celle-ci doit rester à tout prix un moindre mal et devrait être menée avec respect et charité. Le soldat ne doit pas se laisser guider par un esprit de haine et de violence mais plutôt par la conscience qu'il agit pour un bien plus grand que les maux qui résulteront du conflit. C'est ce que est appelé le principe de l'intention droite. La guerre toute entière doit être empreinte de modération. Les moyens employés et chaque action menée devront être strictement nécessaires. Déjà Cicéron, influencé par l'œuvre d'Aristote qui faisait de la modération une vertu majeure, estimait que les guerres devaient en être empreintes dès le départ²⁵⁷. St Augustin voulait même que la guerre soit faite avec bienveillance et miséricorde : « [i]l faudrait même, si c'était possible, que les gens de bien fissent miséricordieusement la

²⁵⁵ JEAN-PAUL II. *op. cit.*, note 9, 2006, p. 157.

²⁵⁶ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, [1996] C.I.J. rec. 226, § 41 et affaire du *Nicaragua*, précité note 54, § 194.

²⁵⁷ CICERON. *op. cit.*, note 67, I. « Il existe des devoirs même à l'égard de ceux qui vous ont fait du tort. Car la vengeance et la punition ont des bornes. Peut-être même suffirait-il du repentir de l'assaillant... »

guerre pour dompter de licencieuses cupidités... »²⁵⁸ Il veut bannir de la guerre toute passion désordonnée. « Le désir de nuire, le désir cruel de se venger, une animosité implacable et sans pitié, la fureur de la révolte, la passion de dominer, et autres défauts de ce genre, voilà ce que l'on condamne dans la guerre. »²⁵⁹ La guerre devrait être le seul moyen efficace de remédier à l'injustice et l'ultime recours au conflit. L'usage de la force dans chaque action militaire au combat ne devrait donc se faire que s'il est strictement nécessaire à la victoire. Voilà en quelque sorte le *jus in bello* des auteurs catholiques classiques. Ils n'ont pas cherché à établir des règles formelles dissociées de principes moraux. Ils ont voulu avant tout affirmer des principes fermes qui doivent pouvoir dicter sa conduite au soldat. La démarche est déductive. D'autres auteurs, surtout protestants, adopteront une démarche plus inductive. Ils établiront des règles formelles que l'on respectera d'abord parce qu'on y aura réciproquement consenti et ensuite parce qu'elles feront appel à des considérations morales.

La condition de proportionnalité est explicitement absente chez St Thomas. Elle reviendra avec une importance nouvelle avec Vitoria au XVI^{ème} siècle. Lorsque celui-ci enseigne à l'Université de Salamanque, il affirme que tout ce qui est nécessaire à la victoire est permis, mais cela seulement. C'est sur cette conjugaison entre proportionnalité et nécessité que Vitoria fonde son droit de la guerre. La proportionnalité signifie que chaque action ne doit pas causer plus de mal qu'elle n'en ôte. La réponse armée doit être proportionnée à l'injure subie. La nécessité signifie que toute action doit avoir la victoire pour but et doit être la seule action envisageable dans les circonstances pour atteindre ce but. Ainsi, le professeur estime qu'en vertu de la communauté de sang qui unit tout être humain sur Terre, y compris les Indiens d'Amérique ou les « infidèles musulmans », si une guerre, juste par la cause, devait entraîner de trop gros dommages pour l'humanité, elle serait par-là même injuste et proscrite²⁶⁰. La condition de proportionnalité est exprimée en ces termes par Vitoria :

« N'importe quelle injustice ne suffit pas pour déclarer la guerre. [...] Puisque tout ce qui arrive dans une guerre – meurtres, incendies, dévastations – est atroce et cruel, il n'est donc pas permis, en cas d'injustices légères, d'en poursuivre les auteurs par la guerre, car les châtiments doivent être proportionnés à la gravité du délit (*Dt.* 25, 2). »²⁶¹

²⁵⁸ St. AUGUSTIN, *A Marcellin*, lettre CXXXVIII, 14, <http://www.abbaye-saint-benoit.ch/saints/augustin/lettres/s003/1138.htm> (dernière consultation : juin 2007).

²⁵⁹ St. AUGUSTIN, *op. cit.*, note 13, XXII, 74.

²⁶⁰ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 181, 13.

²⁶¹ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 40, p. 122.

Toutes les règles devant mener la conduite de la guerre seront empreintes de ce principe de proportionnalité de la peine au délit – Vitoria considérant la guerre comme un acte de justice, de sanction. C'est là une différence fondamentale entre les théoriciens classiques catholiques et les protestants qui ont davantage développé le *jus in bello*. Pour Vitoria, il n'est nul besoin d'établir des interdictions formelles ou conventionnelles au cours du combat comme celle qui proscriit le meurtre des femmes, des enfants ou des blessés. Tout découle des conditions de nécessité et de proportionnalité. C'est pourquoi il n'interdira pas certains moyens particuliers ou certaines façons de combattre. Tout doit être laissé à l'appréciation morale du prince d'abord, puis des commandants et soldats ensuite. Deux exemples illustrent son idée : d'une part, « il est permis de priver les innocents de choses que les ennemis utiliseront contre nous, comme les armes, les navires, les machines de guerre »²⁶² ; d'autre part, « [s]i la guerre peut être conduite convenablement sans spolier les paysans et les autres innocents, il ne semble pas permis de les spolier »²⁶³. Seul impératif catégorique de sa part, tout moraliste qu'il était, « il n'est jamais permis de tuer volontairement un innocent »²⁶⁴, même si cela pouvait s'avérer utile dans l'avenir. Tuer de jeunes garçons, par exemple, pourrait constituer une mesure utile car ils constituent une menace potentielle. Mais comme le rappelle Vitoria, il n'est jamais permis de faire le mal, même si c'est pour en éviter un plus grand²⁶⁵. De surcroît, mettre à mort des ennemis en puissance serait une mesure non nécessaire : la captivité ou l'exil, par exemple, pourraient être envisageables.

Vattel, au XVIII^{ème} siècle, reprendra sensiblement la même notion de nécessité en y ajoutant toutefois des interdictions de principe quant à certains moyens : « on est donc en droit de faire contre l'ennemi tout ce qui est nécessaire [...] pour le mettre à la raison, pour obtenir de lui justice et sûreté. »²⁶⁶ Mais le juriste de Neuchâtel précise que « tout ce qu'on fait au-delà est réprouvé par la loi naturelle, vicieux, et condamnable au tribunal de la conscience »²⁶⁷. Vattel contribue, comme on le verra, à l'élaboration du *jus in bello* conventionnel en interdisant certains moyens causant des maux inutiles ou disproportionnés.

Pour bien montrer le lien entre cette pratique ancienne et la règle de droit contemporain, il

²⁶² *Id.*, n° 116, p. 142.

²⁶³ *Id.*, n° 119, p. 142.

²⁶⁴ *Id.*, n° 103, p. 139.

²⁶⁵ *Id.*, n° 113, p. 141.

²⁶⁶ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, § 136, p. 164.

²⁶⁷ *Id.*, § 137, p. 164.

est opportun d'aborder l'affaire des *Plates-formes pétrolières* du 6 novembre 2003²⁶⁸. Pendant la guerre qui opposait l'Irak à l'Iran – les Etats-Unis soutenant l'Irak – plusieurs navires militaires américains furent endommagés pendant les années 1987 et 1988 par différentes armes dont les Etats-Unis attribuaient l'appartenance à l'Iran. Le navire USS *Samuel B. Roberts* notamment, heurta une mine sous-marine qui ne provoqua pas de pertes humaines mais d'importants dégâts matériels. Le *Sea Isle City* fut touché par un missile aérien. En réponse à ces attaques censées provenir de plusieurs plates-formes pétrolières iraniennes présentes dans le Golfe Persique, les Etats-Unis bombardèrent et détruisirent deux frégates iraniennes, un certain nombre de navires et d'aéronefs, ainsi que des plates-formes de Salman et de Nasr. A l'appui de leur argumentation, les Etats-Unis justifiaient leur réponse par leur droit à la légitime défense car ils considéraient d'une part que les attaques avaient été l'œuvre délibérée de l'Iran et, d'autre part, qu'elles avaient été facilité voire orchestrées par le personnel et les équipements militaires présents sur les installations pétrolières, ce que l'Iran contestait.

Le raisonnement de la Cour internationale de justice, saisie de l'affaire par l'Iran en 1992, est très intéressant. Il se compose de quatre étapes. Premièrement, pour qu'elle puisse apprécier la légalité du recours à la légitime défense, il fallait d'abord qu'elle constate qu'il y avait eu, de la part de l'Iran, une agression armée à l'encontre des Etats-Unis. Après une série d'arguments de la part des deux parties, la Cour constata que les Etats-Unis ne furent, à aucun moment, en mesure d'apporter une preuve suffisante au soutien de leurs prétentions²⁶⁹. Les faits invoqués ne pouvaient donc pas être attribués à l'Iran, ce qui empêchait d'emblée toute légitime défense de la part des Etats-Unis.

Deuxièmement, la Cour décida néanmoins de se prononcer sur le cas théorique que représentaient les faits de l'affaire, comme pour bien réaffirmer sa jurisprudence constante depuis 1986.

« A supposer que tous les incidents dénoncés par les Etats-Unis doivent être attribués à l'Iran [...], la question est de savoir si cette attaque [...] peut être qualifiée d' « agression armée » contre les Etats-Unis, agression qui justifierait le recours à la légitime défense. »²⁷⁰

Après l'examen des faits, elle répond par la négative. Ces incidents ne semblent pas à la

²⁶⁸ *Affaires des Plates-formes pétrolières*, arrêt du 6 novembre 2003, [2003] C.I.J. rec. 161.

²⁶⁹ *Id.*, § 61. « [L]a Cour conclut donc sur ce point de l'affaire que les Etats-Unis ne se sont pas acquittés de la charge de la preuve qui pesait sur eux, à savoir démontrer l'existence d'une agression armée contre eux par l'Iran. »

²⁷⁰ *Id.*, § 64.

Cour constituer une agression armée contre les Etats-Unis comparable à ce qu'elle a qualifié, en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, de forme d'emploi de la force parmi « les plus graves ». L'on a vu en effet que toute forme d'emploi de la force n'entraînait pas automatiquement le droit à la légitime défense par les armes, mais seulement les plus graves. Or en l'espèce, les dommages subis par l'armée américaine, dommages n'ayant entraîné la perte d'aucun homme, n'étaient pas empreints d'une gravité suffisante pour justifier le recours à la force armée.

Troisièmement, la Cour ne s'arrête pas là et persiste dans sa leçon de droit international. Elle poursuit son raisonnement théorique en supposant que les Etats-Unis étaient dans leur droit de répondre militairement, pour apprécier ainsi le respect des conditions de proportionnalité et de nécessité. Mais encore une fois ses conclusions sont défavorables à l'argumentation américaine : « quand bien même, pour les besoins de la discussion, elle admettrait l'exactitude des allégations américaines, la Cour ne saurait conclure que les attaques lancées contre les plates-formes pouvaient se justifier au titre de la légitime défense »²⁷¹. Au regard de la condition de nécessité elle affirme :

« Qu'il s'agisse de l'attaque contre le *Sea Isle City* ou du mouillage de la mine heurtée par l'USS *Samuel B. Roberts*, la Cour n'est pas convaincue que les attaques contre les plates-formes pétrolières étaient nécessaires en réponse à ces incidents. A cet égard, elle relève que rien n'indique que les Etats-Unis se soient plaints auprès de l'Iran des activités militaires des plates-formes, comme ils l'avaient fait à maintes reprises s'agissant du mouillage de mines et d'attaques contre des navires neutres – ce qui ne donne pas à penser qu'ils jugeaient nécessaire de prendre les plates-formes pour cibles. »²⁷²

Enfin la Cour se prononce sur le respect de l'exigence de proportionnalité. Cela n'était toujours pas nécessaire puisque l'agression n'avait pas été démontrée ni la nécessité prouvée. A cet égard, la Cour estime que si les Etats-Unis avaient prouvé avoir été victimes d'une agression armée suffisamment grave de la part de l'Iran et que leur réponse avait été nécessaire pour y riposter, l'exigence de proportionnalité aurait pu être respectée. Cependant, elle relève qu'en réalité, les attaques américaines avaient été engagées dans un plan d'attaque beaucoup plus vaste intitulé *Praying Mantis*. C'est pourquoi elle conclut finalement :

« En réponse au mouillage, par un auteur non identifié, de la mine que devait heurter un seul navire de guerre américain, lequel, s'il fut gravement endommagé,

²⁷¹ *Id.*, § 76.

²⁷² *Id.*, § 76.

ne sombra toutefois pas et dont l'équipage n'eut à déplorer aucune perte en vie humaine, ni l'opération *Praying Mantis* dans son ensemble ni même le volet de celle-ci qu'a constitué la destruction des plates-formes de Salman et de Nasr ne sauraient être considérées, dans les circonstances de l'espèce, comme un emploi proportionné de la force au titre de la légitime défense. »²⁷³

On peut voir aisément tous les liens et les différences entre cette application concrète de la légitime défense et l'historique de cette notion. Nécessité et proportionnalité faisait partie des principes que les Anciens recommandaient déjà. Rappelons par exemple cette idée de modération reprise par Cicéron, St Augustin ou Vitoria et que ce dernier, comme on l'a vu, résumait ainsi : « les châtiments doivent être proportionnés à la gravité du délit »²⁷⁴.

3. La légitime défense préventive

Enfin, venons-en maintenant à soulever la question de l'étendue de la notion de légitime défense. Jusqu'où peut-on invoquer le droit de légitime défense pour mener une action militaire ? La condition première est d'avoir été attaqué. Cependant, doit-on attendre d'être attaqué concrètement pour réagir militairement ? Existe-t-il un droit à la légitime défense préventive ? En pratique, bien des Etats recourent à la force avant même d'avoir été attaqués. En 2003, les Etats-Unis ont notamment justifié leur intervention en Irak, parce qu'ils prétendaient que cet Etat les menaçait en raison des armes de destruction massive que le régime de Saddam Hussein détiendrait secrètement. Le Président Bush déclara donc que son Etat n'attendrait pas d'être frappé, comme le 11 septembre 2001, pour réagir par la force²⁷⁵.

Il convient de distinguer la légitime défense préventive de deux autres notions voisines : la légitime défense interceptive, c'est-à-dire la réaction militaire alors que l'attaque adverse a déjà été déclenchée mais qu'elle n'a pas encore atteint sa cible ; et la légitime défense préemptive, c'est-à-dire la réaction militaire alors que l'attaque adverse est imminente, urgente ou avérée. La légitime défense préventive consiste, quant à elle, à réagir à une menace réelle mais non encore caractérisée. Concernant la légitime défense interceptive, il est clair qu'elle ne saurait être rejetée étant donné que dans ce cas précis, les frappes ont déjà été lancées et la guerre

²⁷³ *Id.*, § 77.

²⁷⁴ *Supra*, note 261.

²⁷⁵ G. W. BUSH, *loc. cit.*, note 186. « Au lieu de dériver lentement vers la tragédie, nous fixerons un cap conduisant à la sécurité. Avant que le jour de l'horreur n'arrive, avant qu'il ne soit trop tard pour agir, ce danger sera enlevé. »

est déclarée. Comme le note judicieusement M. Walzer : « il arrive souvent en effet que les guerres commencent avant les premiers combats. »²⁷⁶

La nécessité de prévenir une attaque peut résulter de plusieurs causes. Elle peut, d'une part, avoir pour ambition de couper court aux vellétés d'attaques manifestes d'un voisin armé. D'autre part, elle est parfois invoquée par la volonté de préserver une certaine stabilité dans l'équilibre des puissances internationales. Grotius estime par exemple que « si l'agresseur prend les armes d'une manière à paraître dans le dessein de nous tuer, on peut le prévenir »²⁷⁷. Cet argument de préservation se distingue sensiblement de l'argument plus utilitariste de Francis Bacon (1561-1626) selon qui il convient aux princes

« de faire bonne garde afin que nul de leurs voisins, par l'accroissement de son territoire, par l'extension de son commerce, par des empiètements, etc., ne s'agrandisse jusqu'à devenir plus gênant qu'il n'était. [...] Car il est indiscutable que, même sans un seul coup frappé, la juste crainte d'un danger imminent est cause légitime de guerre. »²⁷⁸

C'est le même raisonnement qui amènera Vattel au XVIII^{ème} à accepter la guerre préventive au nom de la balance des pouvoirs. La question qu'il pose est celle-ci : « Faut-il attendre le danger, laisser grossir l'orage qu'on pourrait dissiper dans ses commencements, souffrir l'agrandissement d'un voisin, et attendre paisiblement qu'il se dispose à nous donner les fers ? »²⁷⁹ Et le juriste répond :

« Dès qu'un Etat a donné des marques d'injustice, d'avidité, d'orgueil, d'ambition, d'un désir impérieux de faire la loi, c'est un voisin suspect dont on doit se garder ; on peut le prendre au moment où il est sur le point de recevoir un accroissement formidable de puissance, lui demander des sûretés, et s'il hésite à les donner, prévenir ses desseins par la force des armes. »²⁸⁰

Le discours n'est pas sans rappeler celui du Président américain G. W. Bush qui proclamait, à l'occasion de l'invasion de l'Irak en 2003 :

« Nous agissons maintenant parce que les risques de l'inaction seraient encore beaucoup plus grands. Dans un an, peut-être cinq ans, la capacité de l'Irak de nuire aux autres pays serait multipliée à l'infini. Armé de ces nouvelles capacités, Saddam Hussein et ses alliés terroristes pourraient déterminer le moment d'un conflit mortel

²⁷⁶ Michael WALZER, *Guerres justes et injustes*, Paris, Belin, 1999, V, p.132.

²⁷⁷ H. GROTIUS, *op. cit.*, note 13, II ch. II §10, p.224.

²⁷⁸ Francis BACON, *Essais de morale et de politique*, « De l'empire », Paris, L'Arche, 1999, cité par M. WALZER, *op. cit.*, note 276, p. 124.

²⁷⁹ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, §42, p. 103.

²⁸⁰ *Id.*, §44, p. 105.

au moment où ils seraient les plus puissants. Nous choisissons de faire face à cette menace maintenant, lorsqu'elle est en gestation, avant qu'elle n'apparaisse soudainement dans nos cieux et dans nos villes. »²⁸¹

Même si l'on peut douter de la réelle menace que représentait l'Irak pour les Etats-Unis, les deux discours se font écho à quelques siècles d'intervalle. Certains auteurs continuent de soutenir le droit à la légitime défense préventive pour conserver un équilibre des pouvoirs nécessaire à la paix dans le monde. Michael Walzer, par exemple, considère que « la ligne de partage entre les premières attaques légitimes et illégitimes ne sera pas tracée à partir de l'attaque imminente mais à partir de la menace suffisante »²⁸². Ce qui se rapproche singulièrement de la notion de légitime défense préemptive.

La coutume admet, depuis la célèbre affaire du navire américain *la Caroline* en 1837, ce que l'on nomme la légitime défense préemptive. A l'occasion de rébellions des colonies canadiennes contre la Grande-Bretagne, certains contingents militaires des Etats-Unis prirent le parti de mettre à disposition des insurgés un navire à vapeur, *la Caroline*, pour transporter des troupes rebelles au Canada. Conscients de la menace, des soldats britanniques entreprirent de couler le navire alors que celui-ci n'avait pas encore aidé les rebelles. Les Etats-Unis s'en plaignirent et condamnèrent la Grande-Bretagne. Celle-ci répondit alors que son armée avait agi en raison de l'attaque imminente et certaine à laquelle *la Caroline* devait participer. Les Etats-Unis admirent la légitimité d'une telle défense préemptive. C'est ce que montre l'argumentation de Daniel Webster, alors Secrétaire d'Etat : pour justifier ce type de légitime défense, il faut démontrer que la « légitime défense est une nécessité [...] immédiate et impérative qui ne laisse ni le choix des moyens ni le loisir de délibérer. » Cette doctrine fut reprise au procès de Nuremberg en 1945 : « une action militaire en territoire étranger peut se justifier en cas d'une nécessité de légitime défense urgente et irrésistible, et ne laissant ni le choix des moyens ni le temps de délibérer. »

Si la légitime défense préemptive est admise dans le droit coutumier depuis l'affaire de *la Caroline*, qu'en est-il, en droit, de la légitime défense préventive ? L'exemple de la *Guerre des*

²⁸¹ G. W. BUSH, *loc. cit.*, note 186.

²⁸² M. WALZER, *op. cit.*, note 276, p.129. La menace suffisante « recouvre trois choses : une intention manifeste de causer des préjudices, un degré de préparation active suffisant pour transformer cette intention en danger suffisant, et un contexte dans lequel la temporisation ou toute forme d'action autre que l'attaque augmente considérablement le risque. »

Six Jours de 1967 entre Israël et une coalition d'Etats arabes est intéressant à cet égard. A l'origine de la crise, on trouve des rapports mis en circulation par des responsables soviétiques en mai 1967 qui indiquaient qu'Israël concentrait ses troupes à la frontière syrienne. Malgré le caractère clairement mensonger de ces rapports, l'Égypte de Nasser décida néanmoins de mobiliser ses forces en état d'alerte maximale et de les masser dans le Sinaï. Le gouvernement égyptien renvoya la force d'urgence des Nations Unies dans la bande de Gaza et ferma aux Israéliens le détroit de Tiran sur le Canal de Suez, pourtant déclarée zone de transit international. Nasser déclara par la suite qu'en cas de guerre le but des Egyptiens serait ni plus ni moins la destruction d'Israël. Il semble qu'en fait Nasser n'ait jamais été déterminé à déclencher une telle guerre. Très vite néanmoins, la Jordanie, la Syrie et l'Irak se joignirent à l'Égypte pour former une grande coalition. Le lendemain du ralliement des Irakiens, Israël lançait son attaque contre l'Égypte au sud, suivie d'une contre-offensive à l'Est contre la Jordanie et de l'expulsion des forces syriennes du plateau du Golan au Nord. Au soir de la première journée de guerre, la moitié de l'aviation arabe était détruite. L'Etat hébreu remportait triomphalement la victoire en moins d'une semaine en ayant triplé sa superficie.

Il faut regarder de plus près les circonstances internes des protagonistes principaux pour comprendre l'attaque d'Israël. Comme le rapporte M. Walzer, quelques jours avant l'intervention d'Israël,

« [u]ne peur immense s'emparait du pays. [...] L'Égypte était en proie à une fièvre guerrière, phénomène rendu assez familier par l'histoire de l'Europe, et célébrait à l'avance les victoires escomptées. L'atmosphère toute différente en Israël était révélatrice de ce que signifie vivre sous la menace : les rumeurs de prochains désastres ne cessaient de circuler ; les habitants effrayés dévalisaient les boutiques d'alimentation, qui se trouvèrent en rupture de stock, en dépit des assurances du gouvernement sur l'abondance des réserves ; on creusait des tombes dans les cimetières militaires ; les responsables politiques et militaires israéliens vivaient dans une tension nerveuse à la limite de l'épuisement. »²⁸³

Dans ces circonstances, l'auteur estime qu'Israël était dans une situation similaire que décrivaient Grotius, Bacon ou Vattel, de peur justifiée ou de menace suffisante pour anticiper légitimement les frappes adverses et intervenir préventivement.

L'opinion de M. Walzer ne cache pas ses prétentions de « révision majeure du paradigme

²⁸³ Edward LUTTWAK et Dan HOROWITZ, *The Israeli Army*, New York, 1975, p. 224, cité par M. WALZER, *op. cit.*, note 276, p. 132.

légaliste » qui rejette la légitime défense préventive. Car les « Etats peuvent utiliser la force chaque fois que s'en abstenir mettrait gravement en danger leur intégrité territoriale ou leur indépendance politique »²⁸⁴. La position du droit international a été clairement réaffirmée par le rapport du groupe de personnalités de haut niveau remis au Secrétaire général des Nations Unies en 2004. Le rapport concède que : « traditionnellement, en droit international, un Etat menacé peut lancer une opération militaire à condition que l'agression dont il est menacé soit imminente, qu'il n'y ait pas d'autre moyen d'écarter la menace et que l'intervention militaire soit proportionnée »²⁸⁵. Il semble donc que la légitime défense préemptive soit traditionnellement acceptée. En revanche, il ajoute, à propos de la légitime défense préventive :

« On peut dire que s'il y a de solides arguments en faveur d'une intervention militaire préventive et de solides preuves à l'appui, le Conseil de sécurité devrait en être saisi et pourrait alors décider d'autoriser cette intervention. Si le Conseil en décide autrement, il restera par définition suffisamment de temps pour examiner d'autres stratégies – persuasion, négociation, dissuasion et confinement – et réexaminer l'option militaire. »²⁸⁶

Cette solution semble de loin la meilleure pour la sécurité du monde qui serait gravement menacée si le principe de non-intervention était contourné de cette manière. La légitime défense interceptive et la légitime défense préemptive sont donc acceptées par la coutume mais non par la *Charte des Nations Unies* qui ne distingue pas ces notions. En revanche, la légitime défense préventive n'est pas admise car en cas de menace d'une attaque non urgente et/ou non caractérisée, il appartient exclusivement au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale d'agir pour le maintien de la paix.

B. Autres droits coutumiers

Outre le recours à la force en cas de légitime défense, d'autres cas d'intervention militaire sont autorisés par le droit international coutumier – mais non par la *Charte des Nations Unies* – et reposent essentiellement sur la notion de légitimité. C'est en effet parce qu'ils ont toujours semblés justes et raisonnables qu'ils possèdent une pratique très ancienne. Ils ne représentent cependant qu'une part assez faible des cas d'interventions militaires dans le monde. Nous

²⁸⁴ M. WALZER, *op. cit.*, note 276, p. 134.

²⁸⁵ RAPPORT DU GROUPE DE PERSONNALITES DE HAUT NIVEAU, *Pour un monde plus sûr : notre affaire à tous*, Doc. off. NU. A/59/565, 2004, §188.

²⁸⁶ *Id.*, § 190.

n'aborderons que les cas d'intervention d'humanité et d'intervention humanitaire. La question des représailles sera également abordée car elle reste bien souvent une cause de déclenchement d'opérations armées. Enfin, nous évoquerons à nouveau, pour conclure sur la cause juste de guerre, le cas de l'intervention des Etats-Unis en Irak en 2003 pour illustrer, de manière concrète, quelle en est leur conception.

L'intervention d'humanité, également appelée *intervention en faveur des nationaux à l'étranger*, correspond, selon Robert Kolb, à une « utilisation ponctuelle de la force pour secourir des nationaux à l'étranger, quand un péril grave et imminent en menace la vie ou l'intégrité physique »²⁸⁷. Possédant de lointaines origines dans l'histoire où l'on voyait fréquemment des Etats intervenir au nom de la solidarité chrétienne pour ses coreligionnaires, l'intervention d'humanité a été une pratique assez répandue au XIX^{ème} siècle, pendant la période coloniale. Les ressortissants nationaux à l'étranger étaient alors considérés en fait comme une extension de l'Etat d'origine. Il pouvait donc s'agir davantage de la protection d'intérêts nationaux d'un Etat que d'un réel souci humain. De fait, cette théorie a donné lieu à de nombreuses dérives. Sur le continent américain, Robert Kolb rapporte qu'entre 1813 et 1927, « il y eut approximativement 70 interventions des Etats-Unis d'Amérique « en faveur de propres ressortissants [...], y compris par exemple l'intervention à Cuba en 1898 ». La plupart d'entre elles se faisaient en application de la doctrine Monroe qui voulait faire du continent américain un vaste protectorat des Etats-Unis²⁸⁸.

Les bases juridiques de ce droit d'intervention sont assez contestées. Si elles ont été reconnues notamment par la sentence arbitrale de Max Hubert de 1924 dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*²⁸⁹, elles semblent depuis avoir été rejetées, au moins en partie, par certains *dicta* de la CIJ. Dans l'affaire du *personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (1980), la Cour affirme en *obiter* qu'une intervention unilatérale de ce genre ne doit pas être entreprise après la saisine de la Cour. Cela mettrait en péril le règlement du

²⁸⁷ R. KOLB, *op. cit.*, note 237, p. 218, n° 524.

²⁸⁸ *Id.*, p. 219, n° 235. L'auteur ajoute : « cette portée très large et mal circonscrite du droit se continua entre 1920 et 1945, comme en témoignent les interventions des Etats-Unis au Nicaragua (1926/7), du Royaume-Uni en Chine (1926, protection de la propriété) ou du Japon en Mandchourie (1931/2, intervention agressive derrière le couvert d'une intervention en faveur de nationaux). »

²⁸⁹ *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, sentence arbitrale de Max HUBERT du 1^{er} mai 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. II.

différend²⁹⁰. Elle s'abstient toutefois de condamner généralement l'intervention. La jurisprudence ne permet donc pas de tirer des conclusions claires quant à la licéité de ce type d'action. La doctrine est partagée mais une majorité d'entre elle s'est exprimée contre cette pratique. Un droit d'intervention restreint pourrait toutefois être admis. Ses conditions d'exercice ont été judicieusement formulées par le professeur Humphrey Waldock en 1952. Ce droit d'intervention nécessiterait l'existence d'une menace imminente dirigée contre les nationaux à l'étranger, une absence ou une incapacité de protection par le souverain territorial et des mesures de protection strictement limitées à la seule mission de les protéger²⁹¹. Dans ces conditions strictes et justes, il semble que l'intervention d'humanité soit acceptée.

L'intervention humanitaire, quant à elle, consiste, selon le Pr. Kolb, en « l'utilisation de la force pour s'opposer à, et idéalement pour faire cesser, des violations massives des droits de l'homme les plus fondamentaux (les attaques à grande échelle contre l'intégrité physique de populations) sur le territoire d'un autre Etat. »²⁹² Ce type d'action militaire est donc directement fondé sur le droit d'intervention des auteurs classiques de la théorie de la guerre juste et a donné quelques exemples sincères dans l'histoire et notamment, au XIX^{ème} siècle. L'intervention humanitaire a pour cause une préoccupation humanitaire réelle pour les populations ou un groupe d'individus. On peut en citer quelques exemples : l'intervention de la France et du Royaume-Uni en Grèce en 1827 pour stopper les massacres ottomans, l'intervention d'une coalition d'Etats comme la France, le Royaume-Uni, la Russie et l'Autriche en Syrie en 1860 pour réagir face au massacre de 6000 catholiques maronites par les Druses, ou, plus récemment, l'intervention du Vietnam au Cambodge en 1978-1979 pour mettre fin au régime de Pol Pot, et l'intervention de la Tanzanie en Ouganda en 1979 sous le régime d'Idi Amin Dada.

Mais avec la *Charte des Nations Unies*, cette pratique est devenue implicitement interdite et n'a aucune place dans le dispositif du texte. L'intervention humanitaire a également fait l'objet

²⁹⁰ *Personnel diplomatique et consulaires des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, [1980], C.I.J. rec. 3, n° 93 : « La préoccupation qu'a pu éprouver le Gouvernement des Etats-Unis quant au sort de ses ressortissants détenus en otages à l'ambassade depuis plus de cinq mois est certes compréhensible. [...] Néanmoins, dans les circonstances de la présente instance, la Cour ne peut manquer d'exprimer le souci que lui inspire l'incursion américaine en Iran. [...] en conséquence, la Cour se sent tenue de faire observer que, quels qu'en soient les motifs, une opération entreprise dans ces circonstances est de nature à nuire au respect du règlement judiciaire dans les relations internationales. »

²⁹¹ Humphrey WALDOCK, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law », *RCADI*, vol. 81, 1952-II, p. 467.

²⁹² R. KOLB, *op. cit.*, note 237, p. 208, n° 494.

de résolutions de la part de l'Assemblée générale des Nations Unies. Elle se présente comme la mise en place de couloirs d'urgence humanitaire pour secourir une population en détresse. Cependant, elle reste subordonnée à l'accord préalable de l'Etat visé²⁹³.

Enfin, évoquons la question des représailles comme cause d'intervention militaire. Qualifiées par des membres de la doctrine de « [m]esures de contraintes illicites prises par un Etat pour répondre à des actes également illicites commis à son préjudice par un autre Etat, et obtenir ainsi la cessation et la réparation du dommage »²⁹⁴, les représailles ont toujours fait l'objet de nombreuses controverses. Certains Etats sont partisans de l'interdiction générale et absolue de ces mesures militaires alors que d'autres y sont favorables dans des cas extrêmes et pour faire respecter les règles du droit des conflits armés. Elles ont été toutefois interdites à l'égard de nombreuses populations : les blessés, les malades, le personnel sanitaire et religieux²⁹⁵, et les civils²⁹⁶. Les représailles ont également été prohibées à l'encontre des biens civils, culturels ou les lieux de culte²⁹⁷. Elles ne sont toutefois pas expressément et absolument interdites contre l'auteur d'une violation du *jus in bello*. L'interdiction n'est que sectorielle et ne protège que certains individus. Mais malgré de nombreux arguments en faveur, il semble que le droit de représailles ne soit généralement pas admis. Comme le conclut E. David, « le recours aux représailles apparaît bien comme contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique, et cela justifie aussi qu'on les considère comme illicites en droit des conflits armés »²⁹⁸.

Il est intéressant d'observer, en guise de conclusion, qu'en 2003, l'administration

²⁹³ *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, Rés. AG NU 43/131, Doc off. AG NU, 43ème sess. (8 décembre 1988) ; et *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, Rés. AG NU 45/100, Doc. Off. AG NU, 45ème sess. (14 décembre 1990).

²⁹⁴ Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER (dir), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2001, p. 482.

²⁹⁵ *Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [CG I], art. 46 ; *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, [CG II], art. 47 ; *Premier protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits internationaux*, 8 juin 1977, R. T. Can. 1991 n° 2, (entrée en vigueur : 7 décembre 1978) [I^{er} PA], art. 20.

²⁹⁶ I^{er} PA, art. 51 §6.

²⁹⁷ *Id.*, art. 52 § 2, art. 53 c ; *Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, 14 mai 1954, R. T. Can. 1999 n° 52, (entrée en vigueur : 7 août 1956), art. 4 §4.

²⁹⁸ Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, p.399, n° 2.222.

américaine s'est fondée sur certains motifs que l'on a abordés – légitime défense, intervention humanitaire – pour justifier son action unilatérale en Irak. Elle a tenté de convaincre la communauté internationale, pour la rallier à sa cause, de l'urgence de la situation au regard de motifs légitimes qui justifieraient une transgression de l'ordre établi par la *Charte des Nations Unies*. Des arguments tels que la légitime défense ou des considérations humanitaires ont été avancées en plus de toute l'argumentation fondée sur le chapitre 7 de la Charte, comme pour bien montrer le bien-fondé de leur intervention. Tout d'abord, l'administration américaine invoqua la présence d'ADM en Irak, alors même que l'Irak était soumis à l'obligation de désarmement de la *Résolution 687* de 1991. Dès lors, en 2002, le Président Bush mit au point une nouvelle stratégie de sécurité nationale dans laquelle il n'hésita pas à conclure à la nécessité d'appliquer la guerre préventive. Aucune ADM ne fut jamais trouvée malgré l'occupation américaine et les facilités de recherches accrues depuis la destitution du parti Baas. Ensuite, ce sont les liens présumés entre le gouvernement irakien et le réseau terroriste Al-Qaïda qui ont servi de justification à la légitime défense. La possession d'ADM par une telle organisation terroriste ne pouvait laisser la communauté internationale indifférente. Mais l'absence de relations réelles à l'époque entre l'Irak et Al-Qaïda a été plusieurs fois démontrée. Comme le souligne le Pr. Kherad, « l'idéologie du Baas est fondée sur l'arabité, la solidarité et l'unité de la nation arabe, contrairement à Al-Qaïda, qui tente au nom de l'Islam de rassembler les terroristes islamistes pour mener le Djihad contre les croisés et les juifs »²⁹⁹. Selon un rapport de 2004 rendu par une commission mise en place par G. W. Bush et chargée d'étudier la question, il n'existe « aucune preuve crédible » qui atteste une collaboration entre le régime irakien et le réseau terroriste. De surcroît, « l'objectif américain de combattre Al-Qaïda en Irak a été contre-productif. [...] [c]e n'est qu'après la chute du régime irakien que les groupes islamistes ont pénétré en Irak [...] pour mener leurs actions criminelles »³⁰⁰. La légitime défense était dès le départ sans objet. La menace était, sinon irréelle, du moins fort éloignée.

Enfin, l'un des principaux arguments pour justifier l'intervention a été de vouloir libérer le peuple d'un tyran et d'établir la démocratie. L'administration américaine avançait un argument fondé sur le droit d'intervention humanitaire. L'instauration d'un régime politique aux dépens

²⁹⁹ R. KHERAD, *op. cit.*, note 87.

³⁰⁰ *Id.*

d'un autre a été condamnée par la Cour internationale de Justice³⁰¹. Mais même s'il est peu probable que le motif humanitaire ait été déterminant dans le déclenchement des hostilités, la justice de ce dernier aurait pu être soutenue. Les crimes et exactions commis ne devaient pas rester impunis. Si toutes les conditions du *jus ad bellum* et du *jus in bello* étaient réunies et que la cause de la libération du peuple opprimé avait été véridique, alors les Etats-Unis se seraient probablement trouvés dans un cas justifiant le droit d'intervention de Vitoria. En revanche, une guerre dans le but d'instaurer la démocratie n'aurait pas été permise, celle-ci étant assimilée à une guerre de propagande. Comme le dit le Pr. Bennouna :

« Si on ne peut que se féliciter des progrès de l'idée de démocratie dans le monde, [...] on ne doit pas perdre de vue que chaque société élabore son expérience historique à son rythme avec des erreurs, des hésitations et des adaptations progressives. Il n'existe pas de normes ou de critères universels, et encore moins un droit des puissances extérieures ou d'un pouvoir hégémonique de les apprécier et d'imposer leur respect »³⁰².

Sous tous ses aspects, l'intervention américaine semble donc illicite. L'absence d'autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies et l'absence de pertinence de l'invocation de la légitime défense font d'elle une action menée dans l'illégalité et l'illégitimité internationale. Toutes les raisons invoquées se sont avérées n'être que des prétextes pour faire une guerre dont les intérêts se situaient probablement ailleurs que dans des motifs humanitaires ou défensifs. Si bien que l'ancien Secrétaire d'Etat adjoint à la défense en poste à ce moment déclara : « for bureaucratic reasons, we settled on one issue [...] because it was the only reason everyone could agree on »³⁰³. Il s'agit en quelque sorte d'une régression en droit international par rapport à son évolution depuis l'établissement de la SDN et la formulation progressive de l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales. Avec le professeur Pellet, il semble donc que nous puissions affirmer : « [l]a guerre déclenchée par les Etats-Unis contre l'Irak [...] est une agression. Oh ! Certes, l'agression d'une grande démocratie impériale contre une tyrannie sanguinaire ; mais une agression quand même »³⁰⁴. Et l'auteur précise : « car je ne vois pas

³⁰¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54, § 209 : « Le droit international contemporain ne prévoit aucun droit général d'intervention de ce genre en faveur de l'opposition existant dans un autre Etat. »

³⁰² Mohamed BENNOUNA, « L'obligation juridique dans le monde de l'après guerre froide » *AFDI*, 1993, p. 44

³⁰³ Voir : « Deputy Secretary Wolfowitz Interview with Karen DeYoung », 28 mai 2003. sur le site du U.S. Department of Defense : www.defenselink.mil/transcripts/2003/tr20030528-depsecdef0222.html (dernière consultation : mars 2008).

³⁰⁴ Alain PELLET, *Le Monde*, 23 mars 2004.

comment, si l'action armée américaine est illicite, elle pourrait être autre chose qu'une agression »³⁰⁵.

La cause de la guerre est donc le point qui va essentiellement déterminer si la guerre est légitime ou si elle ne l'est pas. Dans le cas de l'Irak, il semble bien qu'elle ne le soit pas. Cependant, la légitimité de la cause ne suffit pas à faire de l'intervention une « juste guerre ». Elle ne suffit pas à faire une guerre conforme à la raison ou à la justice. Que serait une juste guerre en effet si la manière de la faire était tout simplement atroce et inhumaine ? Comment pourrait-on cautionner une guerre, quand bien même elle se fonderait sur une juste cause, si les opérations menées foulaient au pied le droit humanitaire ? Pour être légitime, une guerre doit donc être justement menée.

II. UNE GUERRE JUSTEMENT MENEÉE

Quand la guerre a été justement déclenchée, sur le fondement d'une cause juste, elle doit être menée avec justice et modération. Un corpus de règles a été formulé depuis très longtemps à cet effet, devant assurer le bon déroulement des hostilités et limiter les effets destructeurs de chaque conflit. Avant qu'ils ne soient consacrés par des traités de droit humanitaire à partir du XIX^{ème} siècle (B), les principes du *jus in bello* pouvaient, dans l'Antiquité et au Moyen Âge, être regroupés sous le principe général de modération et d'intention droite (A). Quelle en était la substance ?

§1 Modération et intention droite

Nous abordons à présent l'une des dernières conditions essentielles pour qu'une guerre soit juste, un principe fondateur des théories de la guerre des auteurs antiques ou médiévaux. Il a pour but d'encadrer le déroulement des combats et de commander au soldat l'attitude qu'il doit

³⁰⁵ A. PELLET, « Conclusions », dans Karine BANNELIER (dir.) *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pédone, 2004, p. 387.

avoir sur le champ de bataille. C'est le principe de l'intention droite ou *recta intentio*. Parce que cette condition doit diriger toutes les actions des combattants, elle a déterminé pendant longtemps à elle seule la justice du déroulement des hostilités. Le principe de l'intention droite signifie que le combattant doit garder la conduite la plus morale qu'il lui soit possible parce qu'il fait la guerre pour la paix et la justice. Il doit donc savoir user de modération et de discernement.

On retrouve le principe de l'intention droite dès l'Antiquité dans nombre d'ouvrages traitant directement ou indirectement de la guerre³⁰⁶. On a déjà évoqué la citation d'Aristote devenue célèbre : « le but de la guerre, c'est la paix »³⁰⁷. Beaucoup d'auteurs exaltent le combat pour la justice ainsi que la recherche du bien commun à tous. Selon Polybe, on part en campagne non pour perdre le coupable, mais pour rétablir le droit lésé. Jamais donc, on ne doit faire souffrir les innocents³⁰⁸. Chez les Romains, Cicéron loue la justice et la modération dans la guerre. « Reste le droit de la guerre, dit-il : pour l'entreprendre, la faire, la terminer, il importe au plus haut point de respecter la justice et la bonne foi »³⁰⁹. Ce qu'il résume merveilleusement par la maxime : « Faire justement une guerre juste »³¹⁰. Une haute conception de l'honneur et des devoirs chevaleresques joue également un rôle déterminant dans la façon de mener les guerres.

Ce précepte est d'autant plus important qu'il a également pour but de rendre plus facile les rapports avec le vaincu. Redslob rapporte : « le succès des armes porte les fruits les plus beaux, assure l'ambassadeur de Sparte aux Athéniens en 425, quand on gagne la confiance et l'amitié du peuple ennemi par la mansuétude et la générosité ; c'est fonder les rapports d'avenir sur la paix et le droit »³¹¹. Au principe moral s'ajoute donc des intérêts politiques.

Le principe de respect de l'adversaire et de modération dans les façons de mener le combat existe donc déjà, malgré une pratique souvent contraire. Par ailleurs, ce principe ne joue généralement qu'à l'égard des nations libres et politiquement organisées. Seules celles-ci sont considérées sur un pied d'égalité et avec respect. Platon par exemple n'interdit de dévaster le pays et d'incendier les demeures que lorsqu'il s'agit de guerres entre Hellènes. Polybe tiendra le

³⁰⁶ Nous nous cantonnerons une fois de plus au monde gréco-latin, laissant de côté des sources non moins intéressantes comme le *Coran*, la *Bible*, le *Code d'Hammourabi* ou des sources indiennes comme la *loi de Manou*.

³⁰⁷ ARISTOTE, *op. cit.*, note 126, IV, 13, § 8.

³⁰⁸ POLYBE, *Histoire*, V, 11 ; voir aussi PLATON, *République*, V, 471 A.

³⁰⁹ CICERON, *op. cit.*, note 205, II, 14.

³¹⁰ *Id.* III, 3.

³¹¹ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 90.

même genre de discours³¹². Après les guerres fratricides du Péloponnèse, une forme de sentiment national s'est peu à peu créée. C'est pourquoi Platon veut limiter ces guerres qui sont un manque de respect envers la mère-patrie. C'est donc une conception discriminatoire mais déjà une base considérable pour la construction de l'édifice du *jus in bello*.

Cette haute opinion de l'honneur et de la modération se retrouvait également dans le choix des moyens et des méthodes de combat. Contrairement aux Hellènes qui, selon Redslob, avaient « maintes félonies sur la conscience », les Romains semblaient bien plus rigoureux quant au choix de leurs armes. « Ils ont généralement dédaigné les armes déloyales »³¹³ comme le poison ou la trahison. La valeur de la parole donnée était très grande. Enfin, une autre coutume a conservé une actualité au cours des siècles jusqu'à aujourd'hui : la trêve pour ensevelir les morts. On en a plusieurs exemples, surtout dans la littérature grecque. Ainsi, voit-on Antiochus, battu à la bataille de Raphie par Ptolémée où il perdit plus de dix-mille hommes, demander à ce dernier la permission d'enterrer ses morts³¹⁴. De même, c'est précisément ce droit inscrit dans la loi des dieux qui donne à Antigone la volonté inébranlable d'ensevelir la dépouille de son frère Polynice, contrairement à la volonté de son oncle Créon. Polynice avait été tué par son deuxième frère Étéocle, roi de Thèbes et mort également dans la bataille³¹⁵.

C'est dans une perspective chrétienne que St Augustin reprend lui aussi cette idée de modération et de respect de l'humanité de l'adversaire. La guerre doit toujours être menée dans l'intérêt de la communauté humaine tout entière, en vue de la paix et du salut commun³¹⁶. Ce faisant, il fait écho à l'idée cicéronienne de société naturelle des hommes³¹⁷. Mais ce qui est nouveau, c'est qu'il met directement cette idée de société humaine en rapport avec ses théories de la guerre juste. L'on retrouvera cette logique dans les théories de Vitoria. St Augustin donne une teneur évangélique à ces préceptes de modération. On l'a vu, St Augustin demande que la guerre soit faite « non sans bienveillance [...] avec miséricorde »³¹⁸. Ailleurs il confirme : « le vaincu ou le captif ont droit à la miséricorde, surtout quand on ne craint plus qu'ils troublent la

³¹² POLYBE, *op. cit.*, note 308, XXIII, 15.

³¹³ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 91.

³¹⁴ POLYBE, *op. cit.*, note 308, V, 17.

³¹⁵ SOPHOCLE, *Antigone*, Paris, Librairie Générale française, 1991.

³¹⁶ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 13, XXII, 75.

³¹⁷ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 211, XIX, 7. « Après l'Etat, ou la cité, vient l'Univers, troisième degré de la société humaine. On commence par la famille, puis on passe à la cité, et enfin à l'univers. »

³¹⁸ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 258, II, 14.

paix »³¹⁹. St Thomas d'Aquin reprendra naturellement cette condition de *recta intentio* qu'il a trouvée chez St Augustin. Il n'y apportera pas grand-chose de nouveau sauf peut-être à expliciter une conséquence d'une conduite immorale en cas de guerre juste. Il écrit : « même si l'autorité de celui qui déclare la guerre est légitime et sa cause juste, il arrive néanmoins que la guerre soit rendue illicite par le fait d'une intention mauvaise. »³²⁰ Vitoria reprendra cette idée à son tour. Cette logique, directement inspirée par la théologie morale de St Thomas qui donne à un acte trois exigences morales cumulatives (un objet licite, une intention droite, des circonstances licites), est frappante d'actualité. On ne pourrait reconnaître la justice d'une guerre dès lors que la manière de la mener est condamnable. Même si elle a été déclenchée selon les voies légales et pour une juste cause, si les exactions et crimes de guerres sont trop fréquents, elle perdrait immédiatement son caractère juste. Appliquée à l'heure actuelle, cette théorie ferait en sorte qu'un certain nombre de conflits justement déclenchés soient devenus illégitimes en raison de la façon dont ils sont menés. Cela pourrait être le cas en Afghanistan, par exemple, où de nombreuses irrégularités, commises notamment contre des prisonniers dans des pénitenciers hors de tout contrôle extérieur, durent depuis 2001.

Vitoria aborde la question de la modération dans la conduite de la guerre à plusieurs reprises. C'est particulièrement dans sa *Quatrième question*³²¹ qu'il posera le principe de nécessité et de proportionnalité qui va régler l'attitude des soldats pendant la guerre. Mais c'est aussi dans la *Troisième partie* de son *De jure bello*³²², qu'il détaillera les conséquences de la théorie de la nécessité et de la proportionnalité. Il abordera à cette occasion neuf questions fondamentales pour le *jus in bello* et, dans une moindre mesure, pour le *jus post bello* : le meurtre des innocents ; la spoliation des innocents ; la captivité des innocents ; la mise à mort des otages ; la mise à mort des coupables ; la mise à mort des prisonniers ; le sort réservé aux biens enlevés pendant la guerre ; l'imposition d'un tribut ; et la déposition des princes. Certaines sont particulièrement révélatrices.

En ce qui concerne les innocents, Vitoria formule l'interdiction de prendre les armes contre eux. Il admet en revanche que l'on puisse parfois tuer des innocents, même volontairement, dans le cadre de ce qu'il conviendrait d'appeler aujourd'hui les dommages

³¹⁹ St AUGUSTIN, *op. cit.*, note 174, VI.

³²⁰ St THOMAS D'AQUIN, *op. cit.*, note 25, rép. 3, p. 280.

³²¹ « Qu'est-il permis de faire dans une guerre juste et jusqu'où peut-on aller ? »

³²² « Questions posées par la conduite de la guerre. »

collatéraux. Encore faut-il que ceux-ci soient nécessaires à la victoire et proportionnés à la faute commise par les ennemis que l'on cherche à vaincre en premier lieu³²³. A l'égard des coupables combattants, Vitoria se fait plus sévère. Dans la conception de la plupart des auteurs médiévaux, la guerre juste est une entreprise de police et de justice. Elle est une opération de police car elle vise le rétablissement d'une injustice. Mais elle peut avoir un caractère pénal et vindicatif car elle cherche également à punir le peuple et le prince coupable de l'injustice. C'est pour cela que Vitoria admettait en principe la mise à mort des coupables dans le feu de l'action – ce qui est évident – mais également à titre de sanction et de mesure préventive de sécurité :

« Après la victoire, lorsque tout danger est désormais écarté, il est permis de mettre à mort les coupables. En effet, on l'a déjà dit, le but de la guerre n'est pas seulement de recouvrer ses biens mais aussi de punir l'injustice. Lorsqu'une injustice a été commise, il est donc permis d'en mettre à mort les auteurs. »³²⁴

Parfois, la mise à mort est même indispensable pour la paix et la sécurité commune³²⁵. Certaines exceptions où il n'était pas permis de tuer tous les coupables existaient toutefois³²⁶. Enfin, lorsqu'il s'agit des prisonniers, le raisonnement de Vitoria est très intéressant au regard du droit international. Appliquant logiquement ce qu'il venait de dire à propos des coupables, Vitoria admettait, en soi, que l'on puisse mettre à mort les prisonniers s'ils étaient au nombre des coupables. Toutefois, reconnaissant la coutume comme source de droit international, il lui accordait une valeur contraignante et admettait que celle-ci soit contraire à son raisonnement moral :

« Mais en ce qui concerne le droit de la guerre, beaucoup de pratiques ont été fixées par le droit des gens : il semble donc admis par la coutume et l'usage de la guerre de ne pas mettre à mort les prisonniers après la victoire et lorsque tout danger est écarté, à moins que, par hasard, ils ne s'enfuient. Or il faut observer le droit des gens de la même manière que les hommes de bien ont coutume de le faire »³²⁷.

A partir du XVI^{ème} siècle et des théoriciens de la Réforme, dont Luther (1483-1546) était

³²³ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 102-109, pp. 139-141.

³²⁴ *Id.*, n° 129, p. 146.

³²⁵ *Id.*, n° 133, p. 147.

³²⁶ *Id.*, n° 132, p. 146. Si la guerre est faite « seulement pour punir une injustice [...] ».

³²⁷ *Id.*, n° 136, p. 148. On lit parfois que Grotius est le premier à avoir placé le droit international de la guerre sur le terrain du droit des gens, le faisant ainsi échapper à l'emprise du droit divin des auteurs médiévaux. On s'aperçoit ici, comme on peut le voir ailleurs dans l'œuvre de Vitoria, qu'une telle affirmation est injuste. Vitoria a certes fondé une partie de ses théories directement sur des préceptes divins – comme Grotius d'ailleurs – mais il se place bien plus majoritairement sur le terrain du droit naturel et du droit des gens.

le principal représentant, apparaîtra une nouvelle conception du droit de la guerre et du *jus in bello*. Influencée par ce nouvel essor, l'Ecole du droit de la nature et des gens, qui se développe à partir du XVII^{ème} siècle avec la laïcisation du droit international, postule qu'il est nécessaire de trouver des principes juridiques nouveaux pouvant être unanimement reconnus par des Etats et souverains de confessions différentes. Cette école, dont les principaux chefs de file furent Samuel von Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728) et Christian Wolff (1679-1754) – dont Vattel était disciple –, a ainsi cherché à bannir toute considération théologique de l'étude et de la pratique du droit. Selon cette école, les règles du *jus ad bellum* relatives au discernement de la cause juste de guerre et développées par la doctrine classique de St Augustin, St Thomas d'Aquin ou Vitoria ne sont guère opérationnelles. On ne peut pas prouver que telle partie est dans son tort et a commis une faute. La présomption qu'une partie est nécessairement dans son droit et l'autre dans son tort est renversée. Dès lors le *jus ad bellum* ne joue presque aucun rôle, seul le *jus in bello* a véritablement de l'importance. Avec l'Ecole du droit de la nature et des gens, les règles qui encadrent le déroulement des conflits et qui devaient principalement répondre aux objectifs de nécessité et de proportionnalité, n'ont plus de rapport avec la justice du conflit. Elles deviennent véritablement un corps de règles juridiques positives, acceptées de manière tacite et volontaire par l'ensemble des Etats dans le but de limiter les effets ravageurs de certaines pratiques – à défaut de pouvoir les empêcher complètement. Comme l'estime le M. Bacot,

« Cela ne signifie nullement que les juristes de cette école aient cessé de se soucier des violences et de se préoccuper de la paix du monde. Mais, moins ambitieux, et peut-être aussi moins utopistes que leurs prédécesseurs, ils ont renoncé à prévenir les guerres pour mieux se consacrer à en alléger les maux. Les guerres en dentelle du XVIII^{ème} siècle témoignent d'ailleurs dans une certaine mesure de leur succès à cet égard. Mais leur influence dépasse de loin ces épisodes un peu désuets, puisqu'elle est directement à l'origine des deux branches du droit de la guerre qui caractérisent le droit positif moderne depuis Martens (1751-1821) jusqu'à nos jours : d'une part le droit de la neutralité, destinée à maintenir le plus grand nombre possible d'Etats en dehors des conflits armés ; d'autre part le droit humanitaire, destiné à réduire autant que faire se peut les horreurs de la guerre. »³²⁸

Soulignons toutefois d'emblée la différence fondamentale entre ces deux approches : toute honorable et fructueuse qu'ait été la démarche des théoriciens de l'Ecole du droit de la nature et des gens, elle reste relativement dangereuse. Cette démarche se souciait peu des règles

³²⁸ G. BACOT, *op. cit.*, note 71, p. 58-59.

relatives au déclenchement des hostilités, et tendait à abandonner à la conscience de chacun la justice des conflits. Les risques de multiplication des guerres sont donc importants. Par ailleurs, elle mettait de côté l'exigence de proportionnalité qui doit présider au maniement de toute arme pour se préoccuper presque exclusivement de l'encadrement de certaines d'entre elles et de la protection de populations sélectionnées. Par conséquent, cette logique pourrait faire courir le risque que les Etats abusent des autres moyens non prohibés envers les populations non protégées (surtout envers les combattants). Le danger serait donc de faire de la guerre un exercice juridique où la manière de se battre officiellement compterait plus que les raisons de le faire.

Vattel, quant à lui, dénonçait expressément ces dangers et a donc insisté sur le caractère pacifiste de son système en le complétant par la théorie plus politique de l'équilibre des pouvoirs. Mais il insiste néanmoins sur le principe d'indifférence entre les Nations. Puisque les Nations ne peuvent être juges les unes des autres, puisqu'il n'y a plus d'autorité extérieure qui puisse condamner ou approuver le recours aux armes, la conscience de chaque prince risquera fort de ne pas être objective. Et l'on voit que Vattel accepte assez facilement qu'une guerre se fasse dans la légitimité alors même que la cause est douteuse.

« Cependant il peut arriver que les contendants soient l'un et l'autre dans la bonne foi ; et dans une cause douteuse, il est encore incertain de quel côté se trouve le droit. Puis donc que les Nations sont égales et indépendantes [...], et ne peuvent s'ériger en juges les unes des autres, il s'ensuit que dans toute cause susceptible de doute, les armes des deux parties qui se font la guerre doivent passer pour également légitimes, au moins [...] jusqu'à ce que la cause soit décidée. »³²⁹

Même la théorie de l'équilibre des pouvoirs³³⁰ n'apporte pas de solution efficace au problème de la guerre puisque, en supposant qu'on dissuadera les Etats de se faire la guerre par l'équilibre des forces militaires, plus grands seront les risques d'accroître les tensions internationales et le nombre de conflits en créant artificiellement une apparence de paix. Paix qui, pour les auteurs classiques « n'est pas une pure absence de guerre »³³¹ mais procède avant tout de la justice. Il ne peut en effet y avoir de paix durable sans justice réelle.

Quoi qu'il en soit, c'est à la suite de l'Ecole du droit de la nature et des gens et les théoriciens protestants comme Vattel que s'ouvre l'ère moderne des restrictions et interdictions

³²⁹ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, §40, p. 100-101.

³³⁰ *Id.*, §42, p. 102.

³³¹ CONCILE VATICAN II, « La nature de la paix », *op. cit.*, note 35, l. p. 148.

humanitaires conventionnelles. Certaines avaient toutefois été formulées avant.

§ 2. Le droit humanitaire : restrictions et interdictions conventionnelles

Les principes de modération et d'intention droite ont constitué pendant longtemps les règles maîtresses du *jus in bello*. Elles assuraient, à elles seules, les principes directeurs du déroulement des conflits. Principes moraux ou religieux à l'origine, ils sont devenus, sous la plume de certains auteurs, des principes juridiques à part entière. Mais ils n'étaient pas pourvus de force juridique obligatoire. C'est à partir du XIX^{ème} siècle que ces principes furent consacrés par des conventions et investis de force obligatoire à l'égard des signataires. Une multitude de textes a vu le jour pour régir le plus possible le déroulement des conflits. Nous nous concentrerons principalement sur les règles relatives à la manière de mener les combats (devenu le *Droit de La Haye*) (§2.1). Et nous évoquerons également mais dans une moindre mesure le droit relatif au traitement des personnes dans le pouvoir de l'ennemi (devenu le *Droit de Genève*) en le confrontant directement au cas de la guerre en Irak (§2.2) ³³².

§2.1 Le droit de La Haye

Au sein du *droit de La Haye* et des règles limitant les effets néfastes de la guerre, nous nous arrêterons sur certaines catégories de règles : les limitations relatives à certaines périodes (A), envers certaines populations (B) et relatives à certains moyens ou certaines méthodes de combat (C) ³³³.

A/ Limitations *rationae temporis*

Les limitations temporelles ont été édictées assez rapidement mais n'ont pas eu une grande postérité après le Moyen Age. Elles ont toutefois eu un rôle important dans la limitation

³³² Il serait impossible de se pencher sur l'ensemble de la matière du *jus in bello*. L'on pourra se référer à l'ouvrage d'Eric David, Prix de la paix et Prix Paul Reuter en 1994. E. DAVID, *op. cit.*, note 298, chapitre II : « Principales règles 'de substance' du droit des conflits armés », pp. 240-550.

³³³ D'autres limitations sont néanmoins très importantes : les limitations relatives aux lieux de combat et aux biens concernés par la guerre ou encore les limitations générales du niveau des forces dans le monde.

des méfaits de la guerre pendant une longue période historique. L'Eglise a cherché à atténuer les effets de la guerre en l'interdisant pour certaines périodes. Ce fut par exemple les « trêves de Dieu » qui empêchaient le recours aux armes certains jours de plus en plus nombreux : tous les dimanches puis tous les jours saints de la semaine (du jeudi au dimanche), puis pendant tout l'avent, tout le carême et même pendant l'ensemble du temps de Pentecôte (cinquante jours après Pâques qui, lui-même arrivait quarante jours après le Carême). C'est dire qu'il ne restait plus beaucoup de jours pour combattre !

Il y eut également la création des Associations de paix sur l'initiative des évêques, sortes de milices armées chargées de faire respecter les trêves mentionnées et défendre la cause de la paix. Mais il faut préciser que ces mécanismes avaient pour but de limiter le fléau des guerres féodales entre seigneurs ou guerres privées, qui ravageaient le Moyen Age. L'Eglise tentait de se substituer à un pouvoir public défaillant en faisant œuvre de police intérieure. Mais elle ne visait pas pour autant les guerres publiques entre princes souverains. La papauté a souvent tenté de soumettre ces guerres aux règles canoniques, dans l'espoir de mettre un terme au scandale des combats entre princes chrétiens. Mais elle ne les interdisait pas toutes ni ne les subordonnait aux limitations temporelles citées. D'ailleurs, St Thomas d'Aquin consacra un article entier pour justifier occasionnellement le recours aux armes les jours de fêtes religieuses. Il estime à ce propos que « pour la défense du bien public des fidèles, il est permis de faire des guerres justes les jours de fête, pourvu toutefois que la nécessité le demande. Ce serait en effet tenter Dieu que de vouloir s'abstenir de faire la guerre en présence d'une telle nécessité »³³⁴. Si donc les conditions de la guerre juste sont remplies, nul besoin d'ajourner l'entrée en guerre selon la doctrine classique de la guerre juste. En revanche, s'il n'y a pas de nécessité, « il n'est pas permis de faire la guerre les jours de fête »³³⁵.

B/ Limitations rationae personae

1. Avant l'époque contemporaine

Depuis bien longtemps, le souci de protéger certaines populations non concernées par la

³³⁴ St THOMAS, *op. cit.*, note 20, art. 4, p. 284.

³³⁵ *Id.*

guerre a inspiré de nombreuses règles écrites ou orales. Déjà, chez les Grecs et les Romains, nombre d'auteurs avaient essayé de diminuer le caractère fratricide de certaines guerres. Des auteurs grecs, comme Platon, voulurent empêcher les combats entre les Cités grecques ; combats qui, finalement, entraînèrent le déclin de cette civilisation³³⁶.

Au Moyen Age, l'Eglise instaura également des règles interdisant le recours à la force contre certaines populations. C'est ainsi qu'a été imaginé le mécanisme de la « paix de Dieu » qui visait à soustraire des méfaits de la guerre les personnes ecclésiastiques et leurs biens. Peu à peu, toute personne désarmée ou sans défense fut protégée par la paix de Dieu. Plus tard, Vitoria interdit aux combattants de tuer les personnes innocentes comme les femmes, les enfants ou les vieillards. Mais c'est surtout l'un des apports essentiels de l'Ecole du droit de la nature et des gens et des théoriciens qui suivront qui fut à l'origine de la protection de certaines populations. Vattel, au XVIIIème siècle, ne se distinguera pas beaucoup, dans un premier temps, des théories déjà abordées dans l'idée de nécessité et de proportionnalité. Il estime que « [t]out le mal que l'on fait à l'ennemi sans nécessité [...] est une licence que la loi naturelle condamne. »³³⁷ Vattel refusait donc, en principe, qu'on tue un ennemi qui s'était rendu³³⁸. Il acceptait cependant quelques exceptions.

« Il est un cas cependant où l'on peut refuser la vie à un ennemi, [...] c'est lorsque cet ennemi s'est rendu coupable de quelque attentat énorme contre le droit des gens, et en particulier lorsqu'il a violé les lois de la guerre. Le refus qu'on lui fait de la vie n'est point une suite naturelle de la guerre, c'est une punition de son crime. »³³⁹

Le juriste de Neuchâtel se distingue des auteurs classiques comme Vitoria par le fait que le droit de mort sur le coupable n'est plus systématique mais doit résulter d'une très grave faute. Il dira la même chose pour les prisonniers de guerre :

« Dès que votre ennemi est désarmé et rendu, vous n'avez plus aucun droit sur sa vie, à moins qu'il ne vous le donne par quelque attentat ou qu'il ne se fût auparavant rendu coupable envers vous d'un crime digne de mort. C'était donc autrefois une erreur affreuse, une prétention injuste et féroce, de s'attribuer le droit de faire mourir les prisonniers de guerre, même par la main d'un bourreau. »³⁴⁰

Vattel fait partie de ces théoriciens pour qui certaines règles ne se fondent plus sur la

³³⁶ PLATON, *op. cit.*, note 308, V. 471.

³³⁷ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, n° 172, p. 201.

³³⁸ *Id.*, n° 140, p. 166. « Dès qu'un ennemi se soumet et rend les armes, on ne peut lui ôter la vie. »

³³⁹ *Id.*, n° 141, p. 167.

³⁴⁰ *Id.*, n° 149, p. 176.

justice mais sur des préoccupations purement humanitaires. Ainsi, il interdira la mort des femmes, enfants, vieillards et infirmes tant qu'ils ne commettent pas d'acte d'hostilité³⁴¹. De même pour les ministres du culte, les gens de lettres et autres personnes « dont le genre de vie est fort éloigné du métier des armes »³⁴². Finalement, il termine en ajoutant que « le peuple, les paysans, les bourgeois [...] n'ont rien à craindre du fer de l'ennemi »³⁴³.

A propos du traitement des prisonniers de guerre, là encore, Vattel a le mérite d'écrire formellement des règles qui seront clairement reprises au XIX^{ème} et XX^{ème} siècle. « On est en droit de s'assurer de ses prisonniers et pour cet effet, de les enfermer, de les lier [...] mais rien n'autorise à les traiter durement à moins qu'ils ne se fussent rendus personnellement coupables envers celui qui les tient en sa puissance. »³⁴⁴ On le voit, Vattel illustre bien ce nouveau courant de pensée qui aura une influence pendant les siècles et qui sera consacré par le droit *jus in bello* de l'époque contemporaine.

2. L'époque contemporaine

De nombreuses limitations en vigueur au Moyen Age et à l'époque moderne ont été reprises et codifiées par les traités dès la fin du XIX^{ème} siècle. Elles figurent principalement dans plusieurs textes de la fin du XIX^{ème} et du XX^{ème} : *Déclaration de St-Petersbourg* de 1868³⁴⁵, les *Conventions de La Haye* de 1907³⁴⁶, les *Conventions de Genève* de 1949³⁴⁷ et le *Premier Protocole additionnel* de 1977³⁴⁸. Elles visent trois grandes catégories de personnes : les civils (a), les personnes hors de combat (b) et le personnel médical, sanitaire ou religieux (c).

³⁴¹ *Id.*, n° 145, p. 173.

³⁴² *Id.*, n° 146, p. 174.

³⁴³ *Id.*, n° 147, p. 175.

³⁴⁴ *Id.*, n° 150, p. 177.

³⁴⁵ *Déclaration relative à l'interdiction de l'usage des balles explosives en temps de guerre*, 11 décembre 1868, B. S. P. 56/16, (entrée en vigueur : 30 décembre 1868).

³⁴⁶ De nombreuses conventions ont été signées en 1907 à La Haye dont : *Convention relative à l'ouverture des hostilités*, précitée, note 190; *Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, 18 octobre 1907, B.S.P. 100/38, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

³⁴⁷ *CG I*, précitée, note 295 ; *CG II*, précitée, note 295 ; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des Forces armées sur mer*, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*CG III*] ; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les Forces armées en campagne*, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) [*CG IV*].

³⁴⁸ *I^{er} PA*, précité, note 295.

a) *L'interdiction d'attaquer des civils*

Cette interdiction est très ancienne et peut être retrouvée également sous l'expression *principe de discrimination*. Elle implique que le combattant distingue, lors de l'attaque, les objectifs militaires des objectifs civils. Cette interdiction se trouvait chez Vitoria qui refusait que l'on tue des innocents, ou chez Vattel qui se fit encore plus explicite. A l'époque moderne, cette règle sera consacrée dès 1863 avec la *Déclaration de St-Pétersbourg* dans son deuxième considérant : *le seul but légitime que les Etats doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi*. Par conséquent, il n'est pas question d'attaquer autre chose que les forces militaires. On retrouve cette obligation également dans de nombreux textes, notamment à l'article 1^{er} de la IX^{ème} *Convention de La Haye* de 1907³⁴⁹ et à l'article 25 du *Règlement de La Haye*³⁵⁰, qui disposent qu'il est interdit de bombarder des villes, ports ou villages qui ne sont pas défendus ; aux *Résolutions 2444 (XXIII)* et *2675 (XXV)* de l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 1968 et le 9 décembre 1970 ; aux articles 48 et 51 du I^{er} *Protocole additionnel* de 1977 ou encore dans diverses résolutions du Conseil de sécurité. Le caractère coutumier de cette règle n'est donc pas contestable. En ce qui concerne la jurisprudence, plusieurs cas pourraient être cités. La CIJ considère ce principe comme le premier des « principes cardinaux [...] formant le tissu du droit humanitaire »³⁵¹. Cette règle fondamentale a pourtant été l'objet de quelques contestations célèbres, notamment celle de Churchill lors des attaques des villes allemandes. « Le moral de l'ennemi est lui aussi un objectif militaire », estimait-il³⁵². Mais cette forme de guerre, la guerre totale, a été clairement rejetée par le Tribunal de Nuremberg (20 novembre 1945-1^{er} octobre 1946) qui estima que cette « conception dénie toute valeur aux principes moraux qui inspirèrent les conventions destinées à rendre les conflits armés plus humains »³⁵³.

La notion de civil a été définie à l'article 50 du I^{er} *PA* comme toute personne ne faisant pas partie des combattants en action ou hors combat. Sont donc exclus les prisonniers de guerre. Deux précisions très importantes doivent être apportées à cette définition négative. D'une part,

³⁴⁹ *Convention concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre*, 18 octobre 1907, R. T. Can. 1942 n° 6, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

³⁵⁰ *Annexe à la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre*, 18 octobre 1907, B.S.P. 104/242.

³⁵¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, précité, note 256, § 78.

³⁵² Cité par E. DAVID, *op. cit.*, note 298, p. 243, n° 2.10.

³⁵³ TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL, *Procès des grands criminels de guerre*, Nuremberg. Secrétariat du Tribunal militaire international, 1949, p. 238.

l'article 50 al. 1 précise qu'en cas de doute, la personne devra être considérée comme un civil. Il existe donc une présomption du caractère civil d'un individu. D'autre part, l'alinéa 3 dispose que *[l]a présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité*. L'interdiction d'attaquer des civils souffre de quelques exceptions que l'on a déjà évoquées dans les théories des auteurs médiévaux. Elle ne joue pas lorsqu'ils *participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation*³⁵⁴. Cela ne vise pas la simple contribution à l'effort de guerre mais bien un acte d'hostilité. Dans certains cas cependant, il est très difficile de discerner si une personne civile, accomplissant ou aidant à l'accomplissement d'un acte considéré comme une hostilité, rentre dans la catégorie des combattants. La discrimination peut alors prêter à confusion. Les textes n'apportent pas vraiment de réponses claires. En cas de doute, la présomption du caractère civil de la personne devrait jouer.

La deuxième précision vise des dommages collatéraux. Lorsqu'ils se trouvent trop proches d'objectifs militaires, l'attaque qui touche des civils peut être acceptée si les dommages subis ne sont pas excessifs par rapport à l'avantage militaire escompté. C'est ce qui ressort a contrario de la lecture de l'article 51 §5 du *I^{er} PA* qui interdit, car indiscriminées, les attaques qui traitent comme un objectif militaire unique des objectifs militaires *nettement espacés et distincts* situés dans une zone à forte concentration de civils. L'article interdit également les attaques qui peuvent causer aux civils des pertes ou des dommages *qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu*. Comme l'exprime Eric David, « [l]e texte adopté fait prévaloir le réalisme et les nécessités militaires sur l'idéal humanitaire »³⁵⁵.

Pour conclure sur l'interdiction d'attaquer des civils et le principe de discrimination, évoquons un exemple célèbre – probablement le plus célèbre – de cas où des civils ont été agressés sous couvert d'objectif militaire à atteindre : les bombardements à Hiroshima et Nagasaki des 6 et 9 août 1945. Dans cette affaire, il faut avant tout se demander si la destruction des villes japonaises poursuivait réellement des avantages militaires importants. Il a été démontré par de nombreux historiens que ces frappes ne visaient pas tant à précipiter la capitulation d'un Japon à genoux qu'à démontrer à l'URSS la puissance de frappe des Etats-Unis et à les inciter à

³⁵⁴ *Ier PA*, note 295, art. 51 §3.

³⁵⁵ E. DAVID, *op. cit.*, note 298, p. 250, n° 2.18.

ne pas rentrer en guerre contre le Japon pour ne pas avoir à partager les fruits de la victoire finale³⁵⁶. Howard Zinn rapporte que

« Le United State Strategic Bombing Survey, mis en place par le secrétariat à la Guerre en 1944 pour étudier les conséquences des attaques aériennes pendant la guerre interviewa des centaines de civils et de responsables militaires japonais après la reddition du Japon. Immédiatement après la guerre, l'un des rapports de cet organisme déclarait :

S'appuyant sur des enquêtes détaillées concernant les faits et sur les témoignages des responsables japonais qui sont encore en vie, notre institution estime que le Japon se serait à coup sûr rendu avant le 31 décembre 1945 et encore plus probablement avant le 1^{er} novembre de cette même année, même sans l'intervention atomique, même si la Russie n'était pas entrée en guerre contre le Japon et, enfin, même si aucune invasion américaine n'avait été organisée voire seulement imaginée. »³⁵⁷

Si l'objectif avait été réellement la capitulation du Japon et s'il avait été légitime, la destruction des villes aurait-elle pu servir des avantages efficaces et assez cruciaux ? Aurait-elle été nécessaire et proportionnée ? Certes, il s'agissait de villes renfermant des troupes armées, des installations militaires, des usines de munitions, un port et des industries. Mais qui pourrait prétendre que de tels objectifs pouvaient justifier la mort de plus de 275.000 civils ? Cela est d'autant plus inadmissible, dans le cas du deuxième bombardement qui n'a rien ajouté à la défaite et à la capitulation du Japon, si tant est que le premier y ait participé. La question demeure.

b) L'interdiction d'attaquer des personnes hors de combat

Là encore, on a déjà abordé les racines historiques de cette règle que Vattel exprimait en ces termes : « [d]ès qu'un ennemi se soumet et rend les armes, on ne peut lui ôter la vie. »³⁵⁸ La règle qui interdisait d'attaquer des personnes hors de combat est formulée en termes généraux dans le *Règlement de La Haye* de 1907 à l'article 23 (c) qui dispose qu'il est interdit : [...] de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n'ayant plus les moyens de se

³⁵⁶ Cf. notamment, Frederick F. CLAIREMONTE, « Les véritables raisons de la destruction d'Hiroshima », *Le Monde Diplomatique*, août 1990, p. 20 ; Robert GUILLAIN, *Le Japon en guerre – De Pearl Harbour à Hiroshima*, Paris, Stock, 1979, pp. 332-334.

³⁵⁷ Howard ZINN, « Quelles guerres populaires ? Sauver le capitalisme à l'intérieur et à l'extérieur », dans Noam CHOMSKY, *De la guerre comme politique étrangère des Etats-Unis*, Marseille, Agone, 2004, p. 26.

³⁵⁸ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, § 140, p. 166.

défendre, s'est rendu à discrétion. On la retrouve également à l'article 41 du *I^{er} PA* : *[a]ucune personne reconnue, ou devant être reconnue, eu égard aux circonstances, comme étant hors de combat, ne doit être l'objet d'une attaque.* Cette règle est également consacrée à l'égard des malades, des blessés, des prisonniers de guerre ou des naufragés dans les *Convention de Genève* de 1949³⁵⁹. Ces individus doivent être *respectés et protégés*, selon les conventions ; ce qui exclut toute mise à mort.

La notion de personne hors de combat se trouve à l'article 41 §2 du *I^{er} PA*. Il énonce qu'une personne hors de combat est une personne *qui est au pouvoir d'une Partie adverse ; qui exprime clairement son intention de se rendre ; qui a perdu connaissance ou est autrement en cas d'incapacité du fait de blessures ou de maladie et en conséquence incapable de se défendre.* L'article précise qu'une personne dans ces situations sera considérée comme hors de combat *à condition que, dans tous les cas, elle s'abstienne de tout acte d'hostilité et ne tente pas de s'évader.* De nombreuses règles sont contenues dans les *Convention de Genève* de 1949 concernant le traitement de ces personnes hors de combat. Mentionnons enfin que la *Convention III* oblige la Puissance détentrice de prisonniers à assurer leur sécurité, au besoin en signalant à la Puissance ennemie l'emplacement des camps de prisonniers grâce aux lettres P. G. ou P. W. visibles du haut des aéronefs (article 23/III). Cela implique également l'interdiction d'attaquer des camps de prisonniers.

c) L'interdiction d'attaquer le personnel en charge de la protection médicale, sanitaire, civile, ou religieuse

Cette règle fut d'abord codifiée par la *Convention de Genève* de 1864³⁶⁰, dont l'article 1^{er} dispose : *[l]es ambulances et les hôpitaux militaires seront reconnus neutres, et, comme tels, protégés et respectés par les belligérants, aussi longtemps qu'il s'y trouvera des malades ou des blessés.* L'article 2 vise également le personnel religieux³⁶¹. La règle est également consacrée dans le *I^{er} PA*. Il faut préciser que la protection de tout ce personnel ne sera effective que si

³⁵⁹ *CG I*, art. 12 ; *CG*, art. 12 ; *CG III*, art. 13-14.

³⁶⁰ *Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés ou malades dans les armées en campagne*, 22 août 1864, R. T. Can. 1942 n° 6, (entrée en vigueur : 22.06.1965).

³⁶¹ « Le personnel des hôpitaux et des ambulances, comprenant l'intendance, le Service de santé, d'administration, de transport des blessés, ainsi que les aumôniers, participera au bénéfice de la neutralité lorsqu'il fonctionnera, et tant qu'il restera des blessés à relever ou à secourir. »

chaque individu porte un signe distinctif clairement accepté : une croix rouge sur fond blanc pour le personnel sanitaire et religieux³⁶² ; un triangle équilatéral bleu sur fond orange pour le personnel affecté à la protection civile³⁶³.

Sont ainsi protégés le personnel médical, sanitaire et religieux des armées en campagne³⁶⁴, d'un organisme international humanitaire impartial³⁶⁵ ou des navires spécialement affectés à ce personnel³⁶⁶ ; le personnel exclusivement affecté par une Partie à des tâches humanitaires³⁶⁷ ; le personnel affecté à la protection civile³⁶⁸ ; le personnel affecté à des actions de secours en faveur de la population civile³⁶⁹ ; le personnel administratif et technique affecté de manière permanente ou temporaire à l'administration et au fonctionnement sanitaire des unités, et des moyens de transport³⁷⁰ ; des organismes de protection civile et d'actions de secours en faveur de la population civile³⁷¹.

En revanche, les personnes accomplissant des actions humanitaires sans y avoir été préalablement habilitées par l'une des parties au conflit ne bénéficient pas de cette protection. Ils garderont néanmoins la protection due aux personnes civiles et ne pourront faire l'objet d'attaque. Le critère retenu n'a pas été celui de la formation spécifique aux soins de santé mais plutôt celui de l'exclusivité de l'affectation aux tâches sanitaires, religieuses ou médicales. Lors d'une opération, un individu ne doit donc pas tantôt porter les armes et combattre contre l'ennemi, et tantôt secourir des blessés en arborant le brassard de la Croix-Rouge ou du croissant-rouge. Autrement, il perdrait le bénéfice de sa protection. Il en va de même si des membres des personnels protégés accomplissent *en dehors de leurs devoirs humanitaires, des actes nuisibles à l'ennemi*³⁷².

³⁶² CG I, art. 40-41 ; CG II, art. 42 ; CG IV, art. 20 ; I^{er} PA, art. 18 §1.

³⁶³ I^{er} PA, art. 66 §4.

³⁶⁴ CG I, art. 24-27.

³⁶⁵ I^{er} PA, art 9 §2.

³⁶⁶ CG II, art. 36-37 ; I^{er} PA, art. 23 §5.

³⁶⁷ CG I, art. 24.

³⁶⁸ I^{er} PA, art. 62 §1-2.

³⁶⁹ I^{er} PA, art. 71 §2.

³⁷⁰ CG I, art. 24, 26, 27 ; CG II, art. 36 ; CG IV, art. 20 ; I^{er} PA, art. 15 §1 et 23 §5.

³⁷¹ I^{er} PA, art. 62 §1-2, 64 §1, 67 §1, 71 §1-2.

³⁷² CG I, art. 21 ; CG II, art. 34 ; CG IV, art. 19 ; I^{er} PA, art. 13 §2, 65 §3.

C/ Limitations rationae conditionis

Avant l'époque moderne (1) et depuis le XIX^{ème} siècle (2), de nombreuses règles viennent limiter la façon de combattre sur le terrain. L'époque moderne est une étape très importante dans la construction du droit international contemporain. Il s'agira d'étudier l'apport de cette époque moderne dans les théories du droit international relatif au recours à la force en tâchant de rappeler les origines historiques de certaines de ces règles modernes. De nombreuses conventions seront donc citées. Pour la plupart, elles font échos aux règles et théories déjà en vigueur et formulées quelques siècles auparavant. A l'époque contemporaine, ces règles sont toujours en vigueur ; tout comme les théories qu'elles consacrent. Plusieurs exemples différents d'application de ces théories seront abordés. L'on verra les limitations qui portent sur les armes ou moyens de combat (a) et celles qui portent sur les manières de combattre ou méthodes de combat (b).

1. Avant l'époque moderne

a) *Les moyens de combat*

Les théories de la guerre ont souvent cherché à interdire ou limiter l'emploi de certaines armes qui pourraient produire des effets hors de proportion avec les buts visés. Cela s'insère dans la théorie de la proportionnalité que l'on a déjà vue. Mais assez rapidement sont venues des interdictions de principe envers certaines armes.

Dans le cadre de la doctrine de la guerre juste, les armes causant des maux inutiles ou intolérables pour un combattant devaient être exclues. Mais cette préoccupation n'a guère été très importante dans l'Eglise et les dispositions plus précises du droit positif émanent davantage notamment de l'Ecole du droit de la nature des gens qui s'attachait plutôt à restreindre les méfaits de la guerre indépendamment de ses motifs que de proportionner les moyens aux fins légitimement poursuivies³⁷³. Ce n'est donc qu'en remontant aux *Décrétales* de Grégoire IX mentionnant un canon du pape Urbain II (1042-1099) que l'on trouve trace des premières interdictions portant sur certaines armes. On relève toutefois une interdiction plus précise cette fois dans les documents du Deuxième concile de Latran en 1139. Il frappe d'anathème les archers

³⁷³ G. BACOT, *op. cit.*, note 71, p. 76.

et arbalétriers dans les guerres entre chrétiens : « [I]’art meurtrier et haï de Dieu des arbalétriers et des archers, nous interdisons d’y recourir désormais à l’encontre de chrétiens et catholiques »³⁷⁴. Cependant, l’on pouvait penser qu’étaient visées en réalité les mercenaires qui avaient coutume de porter ces armes et surnommées « les routiers ». Bandes armées sans foi ni loi, elles se faisaient enrôler par le plus offrant et étaient indifférentes à la cause qu’elles servaient. Elles vivaient de rapines ou d’exactions diverses et attiraient par conséquent la condamnation de l’Eglise. Mais à part ces interdictions, l’Eglise ne s’est pas risquée à interdire de façon absolue certaines armes par la suite. Si bien que le pape Pie XII au XXème siècle admit même implicitement la légitimité de la guerre A.B.C. (atomique, bactériologique et chimique) devant l’Association médicale mondiale en 1954 « dans le cas où elle doit être jugée indispensable pour se défendre », contre « une injustice évidente et extrêmement grave autrement inévitable »³⁷⁵. Il précisa toutefois que le moyen nucléaire restait généralement inadmissible car il dépassait souvent le contrôle de l’homme. « Quand la mise en œuvre de ce moyen entraîne une extension du mal tel qu’il échappe entièrement au contrôle de l’homme, son utilisation doit être rejetée comme immorale »³⁷⁶. L’avis sur la *Licéité de l’emploi ou de la menace de l’emploi des armes nucléaires* de la CIJ reprendra, en 1996, la même logique en condamnant en principe l’arme nucléaire, tout en s’abstenant de le faire dans certaines circonstances extrêmes où la survie de l’Etat pourrait être en jeu. Nous y reviendrons³⁷⁷.

La doctrine classique de la guerre juste se contentant des principes de proportionnalité et de nécessité, ce sont davantage les auteurs protestants comme Vattel, ou Grotius, qui développeront cette branche naissante du droit des conflits armés. A l’égard des moyens utilisables par l’attaquant, Vattel reprit à son compte l’idée de nécessité mais l’assortit toutefois d’un tempérament important :

« on est en droit de faire contre l’ennemi tout ce qui est nécessaire pour l’affaiblir et pour le mettre hors d’état de résister, de soutenir son injustice ; et l’on peut choisir les moyens les plus efficaces, les plus propres à cette fin, pourvu qu’ils n’aient rien d’odieux, qu’ils ne soient pas illicites en eux-mêmes et proscrits par la loi de la nature »³⁷⁸.

³⁷⁴ Raymonde FOREVILLE, *Latran I, II, III et Latran IV*, Paris, L’Orante, 1965, canon 29, p. 194.

³⁷⁵ PIE XII, *loc. cit.*, note 253.

³⁷⁶ *Id.*

³⁷⁷ *Infra*, C/ 2. a) ii. Les armes expressément interdites, p. 123.

³⁷⁸ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, n° 138, p. 165.

Il y avait donc des moyens interdits par principe : parce qu'ils sont, en eux-mêmes illicites et contraires à la loi de la nature. Plus loin, Vattel explicita ses vues en posant lui-même la question suivante : « [i]l s'agit de savoir si l'on peu légitimement employer toutes sortes de moyens pour ôter la vie à un ennemi ; s'il est permis de le faire assassiner, ou empoisonner ? »³⁷⁹. Pour l'auteur, c'est là le point central de son raisonnement en matière de *jus in bello* : il accorde une très grande valeur à l'honneur dans les moyens de la guerre et réprime tout instrument se rapprochant de la trahison. Si la surprise est permise car non contraire aux lois naturelles de la guerre, l'assassinat ou le « meurtre commis par trahison » est en revanche « une action infâme et exécrationnable »³⁸⁰. C'est ce critère principal qui servira à Vattel pour proscrire certaines armes et certaines méthodes de combat parce qu'il les jugeait malhonnêtes et partant, contraires aux lois de la nature. L'on verra pourtant qu'il n'hésita pas à admettre le mensonge envers l'ennemi comme moyen de remporter plus facilement la victoire. Comme Grotius³⁸¹, Vattel interdit également l'empoisonnement qui « a quelque chose de plus odieux encore que l'assassinat »³⁸² et proclama également l'interdiction de l'utilisation des armes empoisonnées « que les peuples civilisés ont mis au nombre des lois de la guerre ». « L'assassinat et l'empoisonnement sont donc contraires aux lois de la guerre ; également proscrits par la loi naturelle et par le consentement des peuples civilisés. »³⁸³ Il est très intéressant de souligner que l'auteur condamnait ces pratiques à la fois sur le fondement de la loi naturelle – qui, à défaut d'être tout à fait laïque, est laïcisée – et à la fois sur celui du consentement des nations. Selon les dires de Vattel, ce principe posséderait donc une origine issue du droit naturel ainsi qu'une origine quasi-conventionnelle.

b) Les méthodes de combat

En ce qui concerne les méthodes de guerre, certaines règles actuelles sont aussi d'origine coutumière et trouvent des racines jusque dans l'Antiquité. Les Romains avaient déjà une conduite dictée par un sens certain de l'honneur. Cela les empêchait d'employer certains procédés déloyaux. Redslob rapporte par exemple qu'« Adgantestrius, prince des Cattes, s'étant offert à empoisonner Arminius, [les Romains] lui répondirent fièrement qu'ils ne combattaient

³⁷⁹ *Id.*, n° 155, p. 185.

³⁸⁰ *Id.*

³⁸¹ H. GROTIUS, *op. cit.*, note 13, liv. III, chap. IV, §XVI.

³⁸² E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, n° 155, p. 186.

³⁸³ *Id.*, n° 155, p. 187.

pas leurs adversaires par la trahison et le meurtre, mais par la lutte honnête des armes »³⁸⁴.

St Thomas, comme beaucoup de pères chrétiens fut également préoccupé par la question de la ruse ou de la malhonnêteté au cours d'une guerre. Il prit donc la peine de consacrer un article entier à la question de savoir s'il est « permis, à la guerre, d'employer la ruse »³⁸⁵. Il distingue alors deux catégories. Il y a d'un côté les tromperies en raison d'un mensonge ou d'une promesse que l'on ne tient pas : « cela est toujours illicite »³⁸⁶. Et il y a d'un autre côté le fait de dissimuler sa pensée à l'ennemi. Ceci est permis et constitue même une des instructions militaires qui « se place au premier rang : cacher ses plans pour qu'ils ne parviennent pas à l'ennemi »³⁸⁷. St Thomas conclut que « [c]ette dissimulation fait partie des ruses dont il est permis d'user dans les guerres justes. Et les ruses de ce genre ne sont pas des tromperies ; elles ne s'opposent pas à la justice, ni à une volonté bien ordonnée »³⁸⁸.

En revanche, Vattel ne suivra pas cette logique propre aux théologiens qui « se sont représentés la vérité comme une espèce de divinité, à laquelle on doit je ne sais quel respect inviolable, pour elle-même et indépendamment de ses effets »³⁸⁹. Visant directement la doctrine de St Thomas ou Vitoria, Vattel se détacha de la morale et ne fit pas du mensonge envers l'ennemi une interdiction absolue. Il distinguait le mensonge, qui est un « discours qu'un homme tient contre sa pensée, dans les occasions où il est obligé de dire la vérité », des *falsiloquium* ou « discours faux, tenus à des gens qui, dans le cas particulier, n'ont pas droit d'exiger qu'on leur dise la vérité ». Il rejetait également les tromperies faites avec perfidie³⁹⁰. On peut cependant s'étonner de la facilité avec laquelle Vattel acceptait le mensonge et la déloyauté envers l'ennemi. C'est qu'il n'était ni théologien, ni moraliste mais homme de carrière avec un haut sens de la pratique des relations internationales. Il existe en effet un certain paradoxe à refuser certains moyens contraires à la loi naturelle, comme la trahison et dans le même temps, accepter le mensonge et la déloyauté par la parole. C'est aussi trahir l'ennemi que de ne pas respecter la parole qu'on lui a donnée. Trahir par le geste et trahir par le verbe ne sont guère très différents sur le principe. De plus, le mensonge et le non-respect de la parole donnée vis-à-vis de l'ennemi peuvent également provoquer la méfiance entre les Nations, ce qui peut alimenter les occasions

³⁸⁴ R. REDSLOB, *op. cit.*, note 14, p. 91. L'auteur renvoie à TACITE, *Annales*, II, 88.

³⁸⁵ St THOMAS, *op. cit.*, note 20, art. 3, p. 283.

³⁸⁶ *Id.*

³⁸⁷ *Id.*

³⁸⁸ *Id.*

³⁸⁹ E. de VATTEL, *op. cit.*, note 77, n° 177, p. 206.

³⁹⁰ *Id.*, p. 208.

de désordre et de conflit tant lors des guerres qu'en temps de paix. Nous touchons peut-être là à certaines limites de la théorie de Vattel : à force de se détacher de toute considération religieuse pour édicter des principes de droit naturel, il semble ne pas pouvoir échapper à certaines contradictions morales évidentes.

2. L'époque moderne

a) *Les moyens de combat*

De très nombreuses règles ont pour objet de limiter les moyens de combat, les armes, en raison de leurs effets jugés disproportionnés par rapport à l'objectif premier des soldats, à savoir, mettre l'adversaire hors de combat. Cela ne signifie pas forcément le tuer et encore moins le faire souffrir de manière disproportionnée. La première catégorie d'armes interdites est assez générale et vise les armes prohibées en raison de leurs effets qui sont considérés comme disproportionnés (i). La deuxième catégorie d'armes regroupe celles qui sont expressément nommées par des traités spéciaux et qui sont interdites en elles-mêmes (ii). On retrouvera, dans cette époque de codifications conventionnelles du droit de la guerre, les principes appliqués déjà depuis plusieurs siècles et qui se fondaient soit sur des considérations morales, soit sur des préceptes juridiques établis par les théoriciens suivant la Réforme.

i. *Les armes interdites en raison de leurs effets disproportionnés*

Sont visées d'une part les armes qui rendent la mort inévitable, d'autre part, les armes causant des maux inutiles ou superflus et, enfin, les armes à effets indiscriminés. Il existe toujours à l'heure actuelle cette règle selon laquelle sont disproportionnées les armes qui causeraient une mort certaine ou des blessures inutiles. Elle résulte de la *Déclaration de St-Pétersbourg* de 1868 qui dispose que le but des troupes étant de mettre hors de combat le plus grand nombre d'homme possible, ce dernier *serait dépassé par l'emploi d'armes qui aggraveraient inutilement les souffrances des hommes mis hors de combat ou voudraient leur mort inévitable*. La règle n'est pas obsolète à en croire Eric David qui rappelle qu'elle est

régulièrement mentionnée tant par la pratique³⁹¹ que par la jurisprudence³⁹². Est donc interdit en principe toute arme qui rend inévitable la mort de ceux qu'elle touche, que la mort soit immédiate ou différée³⁹³. Comme le signale Antonio Cassese, « a weapon is legitimate if, by striking the adversary, it can either kill or wound him, depending on the circumstances. By contrast, it is not in keeping with international law if it always results in killing all persons who in some way happen to be struck by it »³⁹⁴.

L'interdiction des armes causant des maux inutiles et superflus, rappelant immédiatement l'interdiction des moyens disproportionnés ou non nécessaires, chère à Vitoria, est un des « principes cardinaux » du *jus in bello*³⁹⁵. Elle est présente dans de nombreux textes : *Déclaration de St-Petersbourg*³⁹⁶, *Règlement de La Haye* de 1907³⁹⁷, *1^{er} PA*³⁹⁸ ou encore *Convention des Nations Unies* de 1980³⁹⁹. C'est sur cette base que bon nombre d'armes ont fait l'objet d'interdiction conventionnelle spécifique. Sont également visées des armes comme les plombs de fusils de chasse, les baïonnettes en dents de scie, les lances à pointes barbelées, les projectiles remplis de verre, les balles à enveloppe entaillée ou limée ou de forme irrégulière⁴⁰⁰.

Le seuil d'intensité des maux soufferts est apprécié grâce à deux critères : il peut s'agir premièrement de maux excessifs par rapport à l'avantage militaire attendu, et deuxièmement, de maux excessifs par rapport au mal dont souffre la victime pour être mise hors de combat. Une

³⁹¹ DEPARTEMENT FEDERAL SUISSE DES AFFAIRES ETRANGERES, *Etude de la Direction du droit international public*, 22 août 1995, *Revue suisse de droit international et européen*, 1996, p. 636, cité par E. DAVID, *op. cit.*, note 298, p. 307, n° 2.93.

³⁹² *Milit. Pros. v. Omar Mahmud Kassen and others*, Israël, Milit. Crt., Ramallah, 13 avril 1969, *International Law Reports (ILR)*, 42, 479 ; *Shimoda et al. v. The State*, Japan, District Crt. of Tokyo, 7 décembre 1963, *ILR*, 32, 634. Cité par E. DAVID, *op. cit.*, note 298, p. 309.

³⁹³ Il existe en effet des armes qui ne laissent aucune chance de survie pour toute personne se trouvant dans un certain périmètre autour du lieu de l'impact. C'est le cas des armes nucléaires ou des bombes à vide (ou bombes à implosion) qui provoquent la mort par asphyxie de toute personne qui se trouve dans la zone de la déflagration.

³⁹⁴ A. CASSESE, « Weapons causing unnecessary suffering : are they prohibited ? », *Rivista di diritto internazionale*, 1975, p. 18.

³⁹⁵ *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, précité, note 256, § 78.

³⁹⁶ Préambule, 4^{ème} considérant.

³⁹⁷ Article 23, e).

³⁹⁸ Article 35 §2.

³⁹⁹ *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 10 octobre 1980, R. T. Can. 1994 n° 19, (entrée en vigueur : 2 décembre 1983), préambule 3^{ème} alinéa.

⁴⁰⁰ SECRETAIRE GENERAL DES NATIONS UNIES, *Règles en vigueur du droit international relatives à l'interdiction ou à la restriction de l'emploi de certaines armes*, Doc. off. NU. A/9215. vol. 1, 7 novembre 1973, pp. 227-228. Le document renvoie notamment aux manuels militaires allemand, français, suisse, britannique et américain.

étude médicale du Comité international de la Croix Rouge a tenté d'établir des critères pour être capable de juger de l'intensité d'une blessure et, partant, du dépassement ou non du seuil de douleur requis pour interdire une arme⁴⁰¹. L'étude conclut que l'on peut parler d'arme causant des maux inutiles ou superflus lorsque son emploi entraînera un seul des effets cités : une invalidité spécifique et permanente ou une défiguration ; un taux de mortalité supérieur à 25% sur le champ de bataille ou à 5% à l'hôpital ; des blessures du 3^{ème} degré sur plus de 10% des victimes de l'affrontement ou encore des dommages irréversibles pour lesquels il n'existe pas de remède ou traitement connu⁴⁰².

Enfin, les armes qui frappent de manière indiscriminée sont également interdites en raison de leurs effets. On l'a vu, depuis très longtemps est établi le principe de discrimination qui impose de distinguer les objectifs civils et militaires. C'est sur cette base que sont interdites les armes à effet indiscriminé. La règle a été codifiée notamment par la *Déclaration de St-Petersbourg* comme nous l'avons vu pour les limitations *rationae personae*. Elle découle également de l'interdiction de recourir à des méthodes de guerre indiscriminées (*I^{er} PA*, art. 51 §4-5). En réalité, ce n'est pas tant l'arme en elle-même qui est visée que la façon dont on l'emploie. Car toute arme serait susceptible, en principe, d'être employée de manière sélective. Certaines d'entre elles sont particulièrement visées car elles peuvent aisément dépasser la volonté de leur utilisateur. Il s'agit « d'armes qui ne peuvent, de par leur nature, être dirigées avec quelque certitude sur des objectifs militaires déterminés, ou dont la méthode caractéristique et normale d'engagement ne permet pas d'atteindre avec quelque certitude ces objectifs »⁴⁰³. La CII estime également que les Etats ne doivent pas utiliser « des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires »⁴⁰⁴ comme les armes biologiques, les gaz, les mines et les pièges.

ii. Les armes expressément interdites

La deuxième catégorie de règles qui limitent les moyens de combat regroupe les

⁴⁰¹ COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE (CICR), *The Sirius Project, towards a determination of which weapons cause « superfluous injury or unnecessary suffering »*, Genève, Coupland, 1997, pp. 23-25.

⁴⁰² *Id.*

⁴⁰³ CICR, *Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, Rapport sur les travaux d'un groupe d'experts*, Genève 1973, pp. 27-28.

⁴⁰⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, précité, note 256, § 78.

conventions spécifiques visant nommément certaines armes. De nombreuses conventions ont très rapidement été signées à cet effet. Il pourra s'agir par exemple des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et autres gaz chimiques⁴⁰⁵, des poisons ou armes empoisonnées⁴⁰⁶, des armes bactériologiques⁴⁰⁷, des projectiles à éclat non localisable aux rayons X, les armes incendiaires, ou les armes à laser⁴⁰⁸. La question est en revanche bien plus problématique en ce qui concerne les armes nucléaires. Controverses politiques, idéologiques, humanitaires ou juridiques, de multiples oppositions entre les Etats n'ont eu de cesse d'alimenter ce débat. Tout d'abord, nous rappellerons brièvement les principes de droit international devant régir en principe l'emploi de telles armes. Ensuite, nous commenterons l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires en droit international* de 1996. Plusieurs principes de droit international devraient pouvoir d'emblée répondre à la question de l'admissibilité des armes nucléaires. Le principe de l'interdiction des armes à effets indiscriminés en est un. En frappant toute la population d'un lieu sur un rayon pouvant aller jusqu'à plusieurs dizaines de kilomètres, la bombe nucléaire bafoue à la fois le principe de discrimination, les règles de protections des civils, des malades et blessés, ainsi que les règles de protection des personnels sanitaires, médicaux ou religieux qui ne peuvent effectuer leur mission. L'emploi de ces armes nie également le principe de l'interdiction des armes causant inévitablement la mort ou des maux inutiles ou superflus. Le principe de nécessité et de proportionnalité est donc, par-là même, foulé aux pieds. Il en est de même du principe de l'interdiction des armes empoisonnées, chimiques ou gazières ou de l'interdiction du génocide. Ces quelques exemples de violation de principes de droit humanitaire pourraient en principe suffire à condamner l'emploi de l'arme nucléaire. Une telle condamnation se situerait dans la droite ligne des règles de droit humanitaire qui se sont développées depuis plusieurs siècles. Pourtant, de nombreux acteurs internationaux, et en particulier certains Etats occidentaux détenteurs de l'arme atomique, ont constamment refusé

⁴⁰⁵ *Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi des projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères*, 29 juillet 1899, B.S.P. 91/989, (entrée en vigueur : 4 septembre 1900) ; *Traité de paix entre les États-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France, l'Italie et le Japon et la Pologne*, 28 juin 1919, B. S. P. 112/232, (entrée en vigueur : 10 janvier 1920) [*Traité de Versailles*] ; *Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction*, 13 janvier 1993, R. T. Can. 1997 n° 44, (entrée en vigueur : 20 avril 1997).

⁴⁰⁶ *Règlements de La Haye* de 1899 et 1907, art. 23, a.

⁴⁰⁷ *Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques*, 17 juin 1925, R. T. Can. 1930 n° 3, (entrée en vigueur : 8 février 1928).

⁴⁰⁸ *Protocole additionnel à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination*, 13 octobre 1995, R. T. Can. 1998 n° 39, (entrée en vigueur : 30 juillet 1998).

l'interdiction de principe d'une telle arme. Qu'en pense la Cour internationale de justice ? Quel est l'état du droit à l'heure actuelle ? La Cour était interrogée à cette fin par l'Assemblée générale en 1996.

Tout d'abord, la Cour a rejeté plusieurs arguments en défaveur de l'utilisation de l'arme nucléaire. Par exemple, elle refusa de la proscrire sur le fondement du principe d'interdiction des armes chimiques, bactériologiques ou similaires ou empoisonnées⁴⁰⁹. La Cour a refusé de considérer l'arme nucléaire comme telle malgré les contestations que cela pourrait soulever. Elle rejeta également l'argument selon lequel l'emploi des armes nucléaires est condamné par les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies pourtant très nombreuses et révélant une opinion majoritaire dans la communauté internationale⁴¹⁰. Cependant, la Cour admit toutefois l'illicéité de l'emploi ou de la menace de l'emploi de l'arme nucléaire en raison notamment, d'une part, de son caractère extrêmement destructeur et incontrôlable, et d'autre part, de la violation que cela entraînerait envers les Etats neutres⁴¹¹. Enfin, l'emploi de l'arme nucléaire viole le principe de discrimination. L'emploi de « méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires, ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants est interdit »⁴¹². La Cour en conclut donc qu'« eu égard aux caractéristiques uniques des armes nucléaires [...], l'utilisation de ces armes n'apparaît guère conciliable avec le respect de telles exigences »⁴¹³. La Cour internationale de justice en vient à une conclusion hostile aux armes nucléaires en droit international mais tempère immédiatement son raisonnement, ouvrant ainsi une brèche devenue fort controversée.

« La menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait généralement contraire aux règles du droit international applicables dans les conflits armés, et spécialement aux principes et règles du droit humanitaire ; Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un Etat serait en cause. »⁴¹⁴

Sans entrer dans le détail des critiques exprimées à l'encontre de cet avis, il faut considérer qu'en l'état des choses, les armes nucléaires sont interdites en droit international mais

⁴⁰⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, précité, note 256, § 55.

⁴¹⁰ *Id.*, § 3.

⁴¹¹ *Id.*, § 89.

⁴¹² *Id.*, § 95.

⁴¹³ *Id.*

⁴¹⁴ *Id.* § 105.

que dans certains cas d'extrême danger, l'incertitude demeure quant à son illicéité. Il semblerait néanmoins difficile de penser qu'en cas de légitime défense, la frappe nucléaire puisse être licite en raison du principe de proportionnalité qui doit nécessairement présider à l'exercice de ce droit, comme la Cour l'a maintes fois rappelé⁴¹⁵.

b) Les méthodes de combat

De nombreuses règles visant à interdire certaines méthodes de combat sont très anciennes et ont été déjà formulées par les auteurs classiques. La perfidie a été étudiée par St Thomas d'Aquin⁴¹⁶. A l'heure actuelle, elle fait l'objet de plusieurs interdictions formelles : dans le *Règlement de La Haye*, de 1907, l'article 23 b) et f) interdit de *tuer ou de blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l'armée ennemie* ou *d'user indûment du pavillon parlementaire, du pavillon national ou des insignes militaires et de l'uniforme de l'ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève*. On y retrouve l'interdiction de la trahison que Vattel avait également formulée. La perfidie est encore interdite dans les *Conventions de Genève* de 1949 aux articles 53/I et 45/II. Elle correspond à un acte *trompant la bonne foi de l'adversaire et consistant à utiliser à des fins hostiles l'obligation pour celui-ci de respecter certaines règles du droit des conflits armés, telles que le respect des signes et emblèmes protecteurs [...], le respect des blessés, des civils, et de toute personne ayant un statut protégé*⁴¹⁷. Pour être constitutif d'une perfidie, l'acte en cause doit nécessairement comporter une forme d'hostilité envers l'ennemi. L'utilisation d'un de ces procédés – comme faire le mort ou se déguiser en civil – pour sauver sa vie par exemple, n'est donc pas constitutive de perfidie. L'interdiction de la perfidie n'exclut pas pour autant l'utilisation de la ruse qui, elle, ne met pas en cause la bonne foi de l'adversaire ni son obligation de respecter certains statuts protégés : camouflages, leurres, attaques par surprise, simulations de manœuvres, faux renseignements sont donc des exemples de procédés licites. Le mensonge à l'ennemi, que St Thomas ou Vitoria refusaient, n'est pas illicite puisqu'il ne comporte pas, en lui-même, d'acte hostile.

Enfin, le droit humanitaire interdit aux soldats de ne pas faire de quartier. On se souvient

⁴¹⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, précité, note 54.

⁴¹⁶ Supra, II, §2, C, 1, b), « Les méthodes de combat », p. 119.

⁴¹⁷ E. DAVID, *op. cit.*, note 298, n° 2.205, p. 389.

des exhortations de Vattel pour ne pas tuer un ennemi qui se rend et qui est désarmé. Cette règle se trouve notamment dans le *Règlement de La Haye* à l'article 23, d) qui dispose qu'il est interdit *de déclarer qu'il ne sera pas fait de quartier*. On ne peut que saluer cette disposition conventionnelle empreinte de respect. Le fait de massacrer à tout va sans avoir aucune pitié est donc incriminé. La menace du refus de quartier est, elle aussi, visée par le *Règlement de La Haye*. L'article 40 du *I^{er} PA* s'en fait également l'écho.

§2.2 Le droit de Genève au regard de l'intervention en Irak en 2003

Le droit de Genève est composé de règles dont l'objectif est de protéger les personnes tombées au pouvoir de l'ennemi. Plusieurs catégories de personnes sont ainsi protégées. On étudiera brièvement les règles, et leur respect par l'armée coalisée en Irak, du classement des prisonniers (A), de la protection des combattants (B) et de la protection des non-combattants (C)

A. Le classement des prisonniers

Le droit international humanitaire distingue deux catégories de personnes qui peuvent être, d'une part, concernées par les combats internationaux, et, d'autre part, sous le pouvoir de l'ennemi : les combattants, et les civils⁴¹⁸. Dans le cas de la crise d'Irak en 2003, la Pr. Burgorgue-Larsen, relève que « bien que le *jus ad bellum* ait été bafoué par les membres de la coalition, celle-ci a décidé - et c'est là tout le paradoxe - de reconnaître l'applicabilité du droit issu des *Conventions de Genève* »⁴¹⁹. La coalition a probablement cherché ainsi à gagner à sa cause le plus grand nombre d'États en faisant montre de bonne foi dans la façon dont elle voulait mener la guerre. C'est d'ailleurs seulement ainsi qu'elle aurait pu trouver le plus de légitimité à son intervention.

Cependant, le Pr. Hanzelin estime que

« si l'Autorité coalisée provisoire a décidé rapidement de séparer les détenus selon leur catégorie [...], il faut bien admettre, en pratique, que durant plusieurs mois les questions relatives au statut n'ont pas eu de grandes importance par rapport au traitement des personnes détenues. En particulier, tous les combattants, quelle que soit leur catégorie, ont, semble-t-il, longtemps été détenus dans les mêmes lieux de

⁴¹⁸ Les combattants sont protégés par la *III^e Convention de Genève* de 1949 et les civils par la *IV^e Convention*.

⁴¹⁹ Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La question des prisonniers de guerre », dans R. KHERAD (dir), *op. cit.*, note 87, p. 158.

détention, le plus souvent dans des conditions assez difficiles. »⁴²⁰

L'on doit reconnaître également que la tâche de distinction de la coalition est rendue bien difficile par le fait qu'il n'y a pas, à proprement parler, d'armée identifiée et clairement distincte du reste de la population. Tout individu peut à tout instant prendre les armes contre les militaires. Les civils participant aux opérations militaires perdent alors les protections offertes par le droit international humanitaire. Ils la retrouveront aussitôt dès qu'ils abandonneront leurs armes. L'on comprendra, dès lors, les difficultés, pour l'armée coalisée, d'opérer des distinctions rapides et certaines. Il s'agit là d'un grand défi contemporain du droit international. Les difficultés posées par le terrorisme sont très proches : comment distinguer les ennemis quand n'importe quel civil pourrait commettre des actions meurtrières ? Ces questions sont au centre des débats depuis 2001 et occuperont une place croissante dans les réflexions de demain, tant la menace terroriste est devenue ostensible.

B. La protection des combattants

A condition de réunir les quatre conditions exigées par le droit international humanitaire, un combattant bénéficiera d'une protection normative. Sous l'empire de la troisième *Convention de Genève*, était combattant toute individu se trouvant sous la direction d'une personne responsable de ses subordonnés, ayant un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance, et portant ouvertement les armes. Il se devait alors de respecter le droit international humanitaire⁴²¹. Assouplie par le *Premier Protocole additionnel*, la notion de combattant désigne désormais « toutes les forces, tous les groupes et toutes les unités armés et organisés qui sont placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant cette Partie, même si celle-ci est représentée par un gouvernement ou une autorité non reconnus par une Partie adverse »⁴²². Ces forces doivent également être soumises à une discipline interne assurant le respect du droit international humanitaire. En remplissant ces critères, le combattant tombé aux mains ennemies jouira d'une protection comportant, notamment, la garantie de ses droits fondamentaux, un droit de visite de la Croix-Rouge, ainsi que l'immunité judiciaire par rapport

⁴²⁰ Marc HENZELIN, « Statut des combattants et privation de liberté », dans K. BANNELIER (dir.), *op. cit.*, note 305, p. 180.

⁴²¹ *CG III*, art. 4.

⁴²² *I^{er} PA*, art. 43

au fait qu'il se soit battu⁴²³.

A cet égard, force est de constater que nombre de violations ont été commises par les forces de la coalition en Irak depuis 2003. On déplore ainsi une absence de respect satisfaisant du *jus in bello*. Dans son rapport 2005, Amnesty International estime que « des milliers de personnes soupçonnées d'activités hostiles aux forces de la coalition ont été détenues sans inculpation. [...] Certains prisonniers, appelé détenus fantômes, étaient cachés afin que les délégués du Comité de la Croix-Rouge ne puissent leur rendre visite »⁴²⁴. Des centaines de prisonniers ont également subi des actes de torture et de mauvais traitements. En avril 2003, des clichés montrant des prisonniers irakiens nus, obligés de se mettre dans des positions humiliantes et sexuellement explicites ont été exposés à la vue de toute la planète, violant ainsi leur droit au respect de la vie privée, et notamment le droit à ne pas être exposés au regard du public. Les rapports font également état de violences sur les prisonniers. Ils constatent, par exemple, des actes de coercition pour forcer des prisonniers musulmans à boire de l'alcool contrevenant ainsi à leur droit au respect de leur religion et de leur culte. Un rapport du CICR de février 2005 établissait que la torture était utilisée au moment de l'arrestation, pendant l'incarcération et au cours des interrogatoires.

Le principe de l'intention droite qui doit mener toute action militaire impose aux agents de l'État d'agir dans le seul but de rétablir la justice et la paix. Les comportements désordonnés de certains militaires indiquent que, même s'il ne s'agit que d'une minorité, la coalition est loin de respecter toutes les règles de droit humanitaire qu'elle s'était engagée à respecter. La légitimité de leurs actions est de ce fait très contestable.

C. La protection des personnes civiles au pouvoir de l'ennemi

Le statut de personne civile offre également à ceux qui en sont bénéficiaires une protection normative. Outre toutes celles accordées par les droits fondamentaux, tels le droit à un procès équitable, le respect de la dignité, à la vie privée, à la religion ou à l'intégrité physique, les personnes civiles sont également protégées contre les transferts forcés ou les déportations hors du territoire occupé. Leurs conditions d'internement doivent être encore plus favorables que celles

⁴²³ CG III., art. 13 à 16, art. 126.

⁴²⁴ AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapport 2005*, disponible sur : <http://web.amnesty.org/report2005/irq-summary-fra> (dernière consultation : mai 2007).

des combattants. Par exemple, ils ne peuvent être contraints à travailler et peuvent même, en cas d'urgence, sortir pour gérer leurs biens ou se rendre dans leur famille en cas de décès ou de maladie grave⁴²⁵.

Malgré tout, différents rapports internationaux font également état de très nombreux attentats à l'égard des civils venant à la fois des forces de la coalition et à la fois des groupes armés irakiens. Selon le *Rapport 2006* d'Amnesty⁴²⁶, « les forces de la coalition ont fait un usage excessif de la force. [...] Les soldats n'ont pas pris les précautions nécessaires pour réduire au minimum les risques encourus par la population civile ». Par exemple, lors d'une attaque américaine sur la ville de Fallouja, à l'ouest de Bagdad, « au moins 600 civils dont un grand nombre de femmes et d'enfants auraient trouvé la mort ». « La ville a été dévastée ». Les groupes armés d'opposition restent les principaux responsables des exactions contre les populations civiles, précise toutefois le rapport de l'ONG. Le nombre d'attentats suicides et de morts qu'ils causent ne se compte plus. « Les groupes armés opposés à la présence des forces de la coalition en Irak ont commis de graves exactions qui ont fait des milliers de victime » relevait le rapport pour la seule année 2005. Dans ce même rapport, Amnesty international restituait également que le 14 septembre 2006 à Bagdad, un homme a déclenché sa bombe après avoir attiré une foule de personnes en leur promettant du travail. Cent quatorze individus dont de nombreux enfants ont été tués. Des deux côtés des troupes, les crimes contre les civils sont très nombreux. Et l'on peut légitimement contester la façon dont plusieurs opérations ont été menées. Elles ont trop souvent bafoué le principe de nécessité des opérations et de proportionnalité. Il est certes prévisible que des dommages collatéraux aient lieu. Cependant, trop souvent, d'importantes erreurs ou actes criminels sont commis et se traduisent en pertes de vies innocentes.

La désorganisation et la fragmentation de l'opposition irakienne pourraient laisser penser qu'il n'y a pas d'armée irakienne régulière et que, du coup, seule la coalition est tenue au droit humanitaire. Mais cela est faux. Le droit humanitaire s'impose aux factions irakiennes tout au moins en vertu d'un droit international coutumier auquel elles ne sauraient se dérober. Selon le Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies, cette situation de chaos a provoqué le départ massif de la population, entraînant ainsi d'importantes conséquences humanitaires. En mai 2007, le Haut Commissariat aux réfugiés affirmait qu'« [a]u moins 1,6 millions d'Irakiens ont été

⁴²⁵ CG IV, art. 27 s., 48, 95, 114 et 116.

⁴²⁶ AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapport 2006*, <http://web.amnesty.org/report2006/irq-summary-fra> (dernière consultation : mai 2007).

déplacés à l'intérieur du pays et au moins 1,8 million dans les États voisins »⁴²⁷. Il s'agirait du plus grand exode de population au Moyen Orient depuis celui des Palestiniens après la création de l'État d'Israël en 1948.

Malgré les multiples violations, la coalition a néanmoins cherché à respecter de manière plus nette ses engagements au titre du *jus in bello* lors de son intervention en Irak, à la différence de celle effectuée en Afghanistan en 2001. Lors de l'intervention en 2001, le *jus ad bellum* onusien avait été respecté par les forces américaines qui avaient reçu l'assentiment du Conseil de sécurité. En revanche, la communauté internationale s'est maintes fois élevée contre de très nombreuses violations du *jus in bello*. L'exemple flagrant de la prison de Guantanamo est révélateur. Il semblerait que le respect du *jus ad bellum* pourrait faciliter le non respect du *jus in bello*, et inversement. C'est ce que montre également l'intervention en Irak – illégale s'il en est –, tendant à se soumettre aux cadres des *Conventions de Genève*. Même s'il est heureux qu'à tout le moins, les forces armées en Irak fassent le maximum pour respecter le droit humanitaire, l'on ne peut toutefois que condamner une telle dissociation qui n'est pas dans l'esprit du droit de la guerre qui allie intimement *jus ad bellum* et *jus in bello*. Le droit de la guerre n'est pas qu'un instrument formel dont on pourrait jouer en s'enorgueillissant du respect d'une de ses branches, ce qui relativiserait la violation d'une autre. C'est un corpus de règles complémentaires qu'il faut prendre en entier et qui ne sert pas d'abord à favoriser les guerres mais, au contraire, à les éliminer.

*

⁴²⁷ HAUT COMMISSARIAT AUX REFUGIES DES NATIONS UNIES, « Les déplacements continuent et les besoins des populations augmentent », disponible sur : <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/irak?page=intro> (dernière consultation : mai 2007).

CONCLUSION

L'on ne saurait étudier les principes limitant le recours à la force sans aborder également la fin de la guerre et la période *post bello*. Ce sont des moments très importants et, de fait, ils n'ont pas été oubliés par les différents théoriciens. Au Moyen Age, la notion de justice était très présente depuis le début jusqu'à la fin des hostilités. C'était elle qui devait régir l'ensemble de la conduite de la guerre. Elle était entendue non seulement comme justice réparatrice mais aussi comme justice vindicative ou punitive. Les notions de réparation et de punition dictaient donc l'attitude à observer pour régler les modalités de la fin de la guerre. On acceptera les tributs imposés à l'adversaire vaincu, les compensations en nature ou en argent pour se dédommager des sommes engagées. L'on trouvera également, l'autorisation de tuer des adversaires coupables, de les emmener en captivité ou en exil. Mais encore une fois, en toute chose devait primer la modération et le bien commun de l'humanité, ainsi que le rappelle Vitoria :

« Après la victoire, lorsque la guerre est terminée, c'est avec une mesure et une modération toutes chrétiennes qu'il faut profiter de sa victoire. Le vainqueur doit considérer qu'il est juge entre deux Etats : l'un est lésé, l'autre a commis une injustice. Ce n'est donc pas en qualité d'accusateur mais de juge qu'il portera une sentence qui puisse cependant donner satisfaction à l'Etat lésé. Mais, après avoir puni les coupables d'une manière convenable, que l'on réduise, tant que possible, au minimum le désastre et le malheur de l'Etat coupable, d'autant plus que, généralement, chez les chrétiens, toute la faute revient aux princes. Car c'est de bonne foi que les sujets combattent pour leurs princes et il est tout à fait injuste que, selon le mot du poète : "les Achéens soient punis pour toutes les folies de leurs rois". »⁴²⁸

Le droit international relatif au recours à la force s'oriente maintenant, depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, vers la répression pénale des criminels de guerre. Ce domaine est en particulière expansion. Il constitue un progrès considérable pour plus de justice dans les guerres et pour en limiter le nombre. Il signifie que les princes d'aujourd'hui sont responsables devant toute l'humanité pour les crimes qu'ils auraient commis. Cette idée peut se traduire de belle

⁴²⁸ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 156.

manière à la lumière de la doctrine de la guerre juste. Puisque le critère ultime pour déclencher une guerre est le bien commun de l'humanité et puisqu'une guerre juste par sa cause et ses formes pourrait être injuste si elle causait plus de mal qu'elle ne ferait de bien, c'est bien devant toute l'humanité, représentée par une cour internationale, que doit être jugé celui qui lui a fait du tort. Aussi, de la même manière que le procureur représente la société nationale dans son ensemble devant un tribunal interne et que la justice est rendue au nom du peuple, de la même manière est-elle rendue au nom de l'humanité tout entière, représentée par un procureur international. La justice internationale reprend donc indirectement cette notion d'*orbis* chère à Cicéron, St Augustin, Vitoria et Taparelli. Elle personnifie l'*orbis* et lui donne une voix. Car c'est bien l'*orbis* qui accuse et qui condamne. L'une des nouvelles incriminations créées au XX^{ème} siècle est nommée à juste titre *crime contre l'humanité*. Cela signifie précisément que le crime, avant d'avoir été commis contre tel ou tel groupe d'individus, a été perpétré d'abord à l'encontre de toute l'espèce humaine. Ce mouvement de pénalisation des agissements internationaux incarne un aboutissement dans la doctrine de la guerre juste. St Thomas avait relevé l'absence d'un tribunal international. Vitoria y a remédié en instaurant le devoir d'intervention au nom du bien commun de l'humanité. Taparelli, à son tour, a imaginé une organisation des Etats très développée que la *Charte des Nations Unies* a, au moins partiellement, concrétisée en créant cette institution publique universelle qui aura la tâche de mener la police internationale. Enfin, la création des tribunaux pénaux internationaux, et en particulier de la Cour pénale internationale en 1998, parachève cette évolution en donnant voix et moyens à l'humanité pour punir les princes coupables de crimes commis à son encontre. L'évolution semble évidente. Et comme St Augustin, Vitoria ou Grotius l'avaient formulé à propos de la lutte contre les mauvais princes, la mise en place de la Cour pénale internationale repose également sur une nécessité morale de combattre les criminels au plan international.

Les sanctions contre les princes étaient déjà connues à l'époque de Vitoria. Celui-ci déclarait même qu'un prince pouvait être déposé dans certaines circonstances qui pouvaient être « soit le nombre et la cruauté des dommages et des injustices, soit surtout le fait qu'on ne puisse obtenir autrement la paix et la sécurité de la part des ennemis »⁴²⁹. Les actuelles incriminations de crime de guerre, crime contre l'humanité, ou crime d'agression ressemblent fort à celles que Vitoria proposait. La justice moderne trouve donc encore ses origines dans le passé. A cette

⁴²⁹ F. de VITORIA, *op. cit.*, note 26, n° 152.

époque, il était possible de juger les individus au nom d'une morale issue du droit naturel ou du droit divin, supposée être universelle et embrassant tout le genre humain. A l'heure actuelle, c'est une morale consolidée par des textes de droit acceptés par un consensus international qui sert de référence à la Cour pénale internationale. Elle aussi est supposée être universelle.

Depuis des siècles et encore de nos jours, on a eu souvent beaucoup de difficultés à parler de morale, à émettre des jugements de valeur. Une certaine indifférence, quand ce n'est pas de la crainte ou du mépris, s'est insinuée à l'égard des moralistes. Il n'y a pas de valeurs universelles. De quel droit s'estime-t-on capable de juger l'action d'autrui ? Nos valeurs, nos critères, nos coutumes, peuvent-ils faire l'objet de jugements de la part d'individus étrangers, à qui l'on pourrait reprocher bien des choses ? Existe-t-il des droits universels ? La doctrine classique de la guerre juste a mis au cœur de ses principes la foi en la morale humaine, individuelle et collective, privée et publique et éclairée par la lumière de Dieu ou de la droite raison. Elle a affirmé que certaines actions ne devaient pas être abandonnées au relativisme de chacun mais appelaient un jugement clair et déterminé, entraînant certaines conséquences. Elle s'est efforcée de poursuivre avant toute chose la justice pour qu'ainsi règne la paix. Pourquoi aujourd'hui, a-t-on perdu confiance en cette morale si importante aux siècles précédents ? Pourquoi la range-t-on du côté des concepts poussiéreux et obsolètes ? Sans doute, son mauvais usage de la part des puissants de ce monde en a vite souligné les dangers. Sans doute s'est-on rendu compte de son inefficacité à contenir la violence sur terre. On lui a substitué le droit, les règles positives, la science, les procédures. On fait généralement plus confiance dans une procédure collective et juridique que dans l'appréciation hasardeuse d'une entité politique. Et cela se comprend. Comment accepter qu'une Puissance étrangère intervienne dans un Etat lointain, de culture, d'histoire et d'identité très différentes, parce que le premier aurait décidé que quelque chose n'y allait pas ? A partir du XVII^{ème} siècle, la scène internationale a connu le principe de l'indifférence et la toute-puissance de la souveraineté. Chaque Etat devait se mêler de ses affaires nationales et ne pas s'ingérer dans celles des autres.

Pourtant à travers les siècles, la doctrine de la guerre juste n'a pas disparu. Droit et morale sont ensemble institutionnalisés et doivent s'appliquer aux cas de recours à la force. Les institutions internationales du XX^{ème} montrent le renouveau de cette théorie après tant de décennies passées sous le règne de l'indifférence internationale. Les cours d'arbitrage, la SDN

puis l'ONU, la *Charte des Nations Unies*, la Cour internationale de justice, les institutions commerciales internationales ou encore les tribunaux pénaux internationaux témoignent de cet héritage et de cette redécouverte de la solidarité de l'espèce humaine. Les enseignements de Cicéron, St Augustin, St Thomas, Vitoria, Vattel ou Taparelli, démontrent bien cette évolution naturelle vers ce qui a vu le jour au XX^{ème} siècle. Le Conseil de sécurité des Nations Unies incarne aujourd'hui cette nouvelle *auctoritas principis*. C'est un long chemin de réflexions, de contradictions, de combats parfois, qui a abouti à l'état actuel du droit et à la *Charte des Nations Unies* dont les articles 42 et 51 prévoient le recours à la force armée, d'une part, en cas de menace à la paix et au bien de l'humanité, et d'autre part, en cas de légitime défense. C'est sans prendre trop de risques que l'on peut penser qu'aujourd'hui St Thomas eut approuvé de tels mécanismes. On peut mesurer l'héritage qui provient du passé et qui a largement conduit à l'état du droit international positif.

Cet héritage, il se retrouve concrètement dans les règles actuelles qui encadrent le recours à la force. Nous avons cherché à en montrer les origines. L'interdiction générale de la guerre de l'article 2§4 de la *Charte des Nations Unies* a pu voir le jour au XX^{ème} siècle parce qu'au terme d'une longue évolution, elle s'est imposée avec force au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. L'héritage des théories anciennes se perçoit également dans les procédures préalables au déclenchement de la guerre. L'institution d'une autorité supranationale en charge du maintien de la paix dans le monde a été rendu possible grâce à la maturation de l'idée d'organe international dans les théories de St Thomas, Vitoria, Kant ou Taparelli. Si pendant plusieurs siècles, l'on a cherché à bannir toute autorité extérieure à celle des Etats souverains, il semble bien que depuis plusieurs décennies, les Etats aient accepté l'idée et la création de cette autorité extérieure et supérieure en matière de sécurité internationale. On perçoit encore l'héritage du passé dans le processus de décision qui doit mener au déclenchement de la guerre. La condition d'ultime recours est, elle-aussi, une condition que l'Antiquité et le Moyen Age avaient connu.

Là où le droit positif diffère probablement le plus des théories classiques, bien que la différence ne soit pas si grande, c'est en ce qui concerne les causes de la guerre. Pendant longtemps, les Etats avaient la liberté de déterminer eux-même les *casus belli* à partir du moment où ils avaient subi une injure. Assortie de conditions de prudence, de conseil et de bonne foi, la cause de guerre résidait, jusqu'à l'avènement de la souveraineté, dans une injustice grave qui demandait réparation. Avec les temps modernes, les causes de guerre ne trouvèrent plus de cadre

strict. Les Etats étaient libres de déclencher des guerres sans que la communauté internationale n'ait son mot dire. Des guerres de colonisation, ou d'ingérence politique étaient menées en toute impunité. Les méfaits de l'absence d'autorité extérieure se faisaient ressentir partout sur la terre et particulièrement chez les peuples colonisés pour de cupides raisons.

Avec la création des Nations Unies, il fut officiellement mis un terme à ce règne de l'indifférence internationale. La volonté de créer une autorité supranationale seule en charge de décider d'une intervention devait mettre un frein à la multiplication des guerres. C'est pourquoi, les causes de guerre ont été strictement réduites à deux hypothèses : la légitime défense et le cas où le Conseil de sécurité autoriserait une intervention en raison d'une rupture ou d'une menace de rupture de la paix et de la sécurité internationales. Dans le fond, les causes de guerres sont réduites car le Conseil de sécurité n'autorisera que des interventions pour des motifs suffisamment graves comme l'agression territoriale. Mais ce qui change plus profondément, c'est que c'est le Conseil de sécurité qui est seul habilité à apprécier de la justice d'une cause. Les *casus belli* actuels sont donc finalement : la légitime défense et les injustices suffisamment graves – ce qui ne diffère pas tant des théories anciennes – mais reconnues par le Conseil de sécurité uniquement.

Quant au *jus in bello* actuel, il se situe directement dans la droite ligne des idées développées dès l'Antiquité dans les notions de modération et d'intention droite. Ces notions furent détaillées et appliquées à un ensemble de cas d'espèce dans les théories vitoriennes de manière à régler toute la conduite des hostilités en fonction de principes directeurs fondés sur des considérations religieuses puis morales dans un premier temps. Reprises juridiquement et formulées par des préceptes de droit acceptés par les Nations, les notions de modération et d'intention droite furent démultipliées et consacrées juridiquement par des traités à partir de la fin du XIX^{ème} siècle. Le droit contemporain des conflits armés continue l'oeuvre de conventionnalisation du XIX^{ème} siècle. Les institutions judiciaires ont maintenant pris un grand rôle dans l'élaboration et la consolidation du droit humanitaire, renforçant ainsi l'évolution vers une plus grande solidarité et une plus grande sécurité internationale.

Ce rapide tableau des diverses évolutions des théories historiques limitant le recours à la force montre bien la persistance d'une certaine morale qui était présente dans l'Antiquité et qui nous est parvenue au XXI^{ème} siècle sous différentes formes. Morale chevaleresque, religieuse, naturelle ou juridique, force est de constater que certains principes transcendent les âges et les façons de penser pour toujours s'appliquer sous divers appellations ou par différents moyens.

Voilà ce qui pourrait s'appeler, finalement, la morale universelle.

Deux remarques finales concluront notre étude. L'on a parlé de règles, d'interdictions, d'autorisations, de punitions, de valeurs. Toutes ces règles ne sont qu'un traitement symptomatique d'un mal plus profond. Dans le droit de la guerre, le droit n'est qu'un instrument au service d'une cause, d'un idéal. Mais l'origine des guerres est avant tout un problème personnel. Son expression seule est violence ou homicide. La guerre en elle-même, peut-on dire, est presque inhérente à l'espèce humaine en ce qu'elle trouve sa source en chacun de nous. L'ultime solution pour enrayer définitivement ce fléau se trouve en nous-mêmes, dans la pacification de notre être. Tant que les hommes ne seront pas en paix dans leur for intérieur, la Terre aura peu de chance de l'être également. L'histoire et l'actualité l'enseignent. Même si la guerre blesse les consciences, détruit d'innombrables vies humaines et empêche la concorde nécessaire au développement des peuples, tous les efforts déployés par les hommes depuis la nuit des temps pour endiguer ce phénomène sont restés, au final et au moins partiellement, inefficaces. Pour reprendre la question posée en l'introduction, que faire ? L'instrument normatif est une solution relativement efficace. L'on peut d'ailleurs observer un signe encourageant dans la diminution, depuis plus d'une décennie, du nombre de guerre dans le monde⁴³⁰. Mais ce mal profond appelle notamment deux autres solutions qui ne sont pas d'ordre juridique et qui méritent d'être soulevées : l'une est économique, l'autre est morale.

Tout d'abord, il nous paraît essentiel de souligner l'importance de l'aide internationale au développement des pays pauvres. Le développement économique est d'une importance cruciale pour la diminution des guerres dans le monde. Les recherches toujours plus développées et toujours plus coûteuses dans le domaine de l'armement accaparent une quantité considérable de ressources financières, matérielles et humaines alors que celles-ci gagneraient tant à être consacrées, au moins en partie, au développement des peuples et à la lutte non-violente pour la justice dans le monde et dans l'ordre interne des Etats. Plusieurs domaines réclament un réel investissement à l'échelle internationale : développement d'institutions judiciaires ou économiques ; développement du commerce au profit des populations dans le besoin ; lutte contre la corruption judiciaire ; politiques sociales internes contre la précarité, le chômage, la

⁴³⁰ HUMAN SECURITY CENTER, *loc. cit.*, note 116. On recensait, en 2003, vingt-neuf guerres impliquant un gouvernement national dans le monde contre cinquante en 1992.

santé, l'éducation et les politiques de prévention des maladies... Il ne peut y avoir de paix sans justice et sans développement. Le développement économique des Etats est une voie incontournable du XXI^{ème} siècle contre les guerres dans le monde. C'est une des clefs de la lutte que Paul VI a rappelé en 1967 : « Tandis qu'on dépense des richesses fabuleuses dans la préparation d'armes toujours nouvelles, il devient impossible de porter suffisamment remède à tant de misères présentes dans l'univers. »⁴³¹ Une disproportion malsaine s'est insinuée entre les priorités humaines et les préoccupations militaires⁴³².

La deuxième remarque porte sur le droit et sur l'homme. Le droit était un instrument et comme tel, il peut être efficace ou dangereux. Dans le cas du recours à la guerre, d'aucuns pensent que le droit qui légitime la guerre est un droit illégitime. Comment justifier la guerre ? Comment accepter qu'il autorise certains recours à la force : si l'on joue le jeu du droit, alors on peut mener son action meurtrière en toute bonne conscience ? Nous avons vu qu'il n'en était rien. On pourrait penser que l'instrument juridique admet le recours à la force parce qu'il l'encadre et le légitime. Mais en réalité, il n'est qu'au service de la limitation du phénomène guerrier. Loin d'inciter les individus à commettre des crimes, il les réprime, comme c'est le cas pour le volet de répression pénale qui se développe considérablement. Tel a toujours été l'esprit des théoriciens que l'on a abordé, et de bien d'autres : ne pas faire des règles une légitimation des actes de cruauté, mais faire de toutes ces règles autant d'obstacles à la guerre et d'atténuations de ses effets. Cependant, le droit reste un instrument. Il faut reconnaître ses forces et ses limites. Le droit n'est qu'un serviteur et ne sera jamais *la* solution. L'une des solutions incontournables réside dans l'enseignement de l'épître de St Jacques avec lequel nous avons commencé cette étude et qui est si simple et encore si vrai. C'est à la fois une prémisse nécessaire à soulever avant d'étudier les solutions temporaires que les hommes ont trouvées au problème de la guerre, et à la fois une conclusion tirée de l'observation des faits. On peut toujours traiter les symptômes – les guerres ; il faudra nécessairement s'attaquer à la maladie – nos passions désordonnées. Comme le rappelle le premier alinéa de la *Constitution de l'UNESCO* de 1945, qui reconnaît les

⁴³¹ PAUL VI, *Le développement des peuples* ; « *Populorum progressio* », Paris, Centurion, 1967.

⁴³² En 1954, le Français Raoul Follereau, qui fit de toute sa vie un combat contre la misère, l'injustice sociale ou la lèpre s'adressait ainsi aux présidents américain et soviétique, Eisenhower et Malenkov : « Vous êtes, Messieurs, les deux hommes les plus puissants du monde... Donnez-moi un avion, chacun un avion... J'ai calculé qu'avec le prix de deux de ces avions de mort on pourrait soigner tous les lépreux du monde. » Raoul FOLLEREAU, « Donnez-moi un avion », *Lettre ouverte aux présidents américain et soviétique*, extraits disponibles sur : http://www.raoul-follereau.org/qui_sommes_nous/raoul_follereau.html (dernière consultation : juin 2007).

limites de l'instrument juridique : « Les guerres prenant naissances dans les esprits des hommes, c'est dans ces esprits que doivent être élevées les défenses de la paix. »⁴³³

*

* *

⁴³³ *Convention créant une organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, 16 novembre 1945, R. T. Can. 1945 n° 18, (entrée en vigueur : 4 novembre 1946).

Bibliographie

I. Monographies

AMBROISE Saint, *Les devoirs*, Paris, Les belles lettres, 1984.

ANDREANI Gilles, HASSNER Pierre (dir), *De l'humanitaire au contre-terrorisme*, Paris, Sciences po, 2005.

AREND Anthony C., *Legal rules and international society*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

ARISTOTE, *Politique*, Paris, Ladrance, 1874.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Librairie générale française, 1992.

AUGUSTIN Saint, *Les lettres de S. Augustin*, Paris, Jean Baptiste Coignard, 1701.

AUGUSTIN Saint, *La cité de Dieu*, Paris, Librairie Garnier, 1957

BACON Francis, *Essais de morale et de politique*, « De l'empire », Paris, L'Arche, 1999.

BACOT Guillaume, *La doctrine de la guerre juste*, Paris, Economica, 1989.

BANNELIER Karine (dir.) *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pédone, 2004.

BLIX Hans, *Les armes de destruction introuvables*, Paris, Fayard, 2004.

CASSESE Antonio, *The current legal regulation of the use of force*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1986.

CHAUMONT Charles, « Le maintien de la paix et l'évolution de la sécurité collective », *Les Nations Unies, chantier de l'avenir*, t. II, Paris, PUF, 1961.

CHOMSKY Noam, *De la guerre comme politique étrangère des Etats-Unis*, Marseille, Agone, 2004.

CICERON, *Traité des devoirs*, Paris, Hachette, 1870.

CICERON, *Traité des lois*, Paris, Les Belles Lettres, 1959.

CLAUDE Jr. Inis. L., « The tension between principle and pragmatism in international relations », *Review of International Studies*, 19(3), juillet 1993.

CONCILE VATICAN II, *L'Eglise dans le monde de ce temps*, Paris, Téqui, 1965.

CRUCE Emeric, *Le nouveau Cynée, ou Discours d'Etat représentant les occasions et moyens d'établir une paix générale et la liberté de commerce partout dans le monde*, Rennes, Presses universitaires, 2004.

DALLAIRE Roméo, *J'ai serré la main au diable : la faillite de l'humain au Rwanda*, Québec, Libre Expression, 2003.

DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, coll. Précis de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1994.

DELSOL, Chantal *La grande méprise*, Paris, La Table Ronde, 2004.

EURIPIDE, *Théâtre et fragments*, Paris, Hachette, 1905.

FALK Richard, *Revitalizing international law*, Ames (Iowa), Iowa State University press, 1989.

FOREVILLE Raymonde, *Latran I, II, III et Latran IV*, Paris, L'Orante, 1965.

GERBERT Pierre, GHEBALI Victor-Yves, MOUTON Marie-Renée, *Le rêve d'un ordre mondial : de la SDN à l'ONU*, Paris, Imprimerie Nationale, 1996.

GROTIUS Hugo, *Droit de la guerre et de la paix*, Paris, Presses universitaires de France, 1999.

GUILLAIN Robert, *Le Japon en guerre – De Pearl Harbour à Hiroshima*, Paris, Stock, 1979.

GUILLAUME Monique, *La conception de l'armée internationale dans la Charte de San Francisco*, Paris, Thèse en droit préparée sous la direction de Georges Scelle, 1947.

GUINCHARD Serge, MONTAGNIER Gabriel (dir), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2001.

HAGGENMACHER Peter, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Paris, PUF, 1983.

HERODOTE, *Histoire*, Paris, Maspero, 1980.

HORACE, *Epîtres*, Paris, Les Belles Lettres, 1961.

JACQUES Saint, « Lettre de Saint Jacques », *La Bible*, Paris, Association épiscopale liturgique pour les pays francophones, 1993, trad. officielle pour la liturgie.

KANT Emmanuel, *Principes métaphysiques du droit*, Paris, Ladrangé, 1837.

KHERAD Rahim (dir.), *Les implications de la guerre en Irak*, Paris, Pédone, 2004.

KOLB Robert, *Le droit relatif au maintien de la paix internationale., évolution historique, valeurs fondatrices et tendances actuelles*, Paris, Pedone, 2005.

KOLB Robert, *Ius contra bellum, le droit relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2003.

LAVISSE Ernest, *Histoire de France illustrée depuis les origines jusqu'à la Révolution*, Paris, Hachette et Cie, 1911.

NOVOSSOFF Alexandra, *Le Conseil de sécurité des Nations Unies et la maîtrise de la force armée, dialectique du politique et du militaire en matière de paix et de sécurité internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

PAUL VI, *Le développement des peuples ; « Populorum progressio »*, Paris, Centurion, 1967.

PEGUY Charles, « Ève », *Œuvres poétiques complètes*, Paris, Gallimard, coll. La Pléiade, 1914.

PLATON, *République*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

POLITIS Nicolas, *Les nouvelles tendances du droit international*, Paris, Hachette, 1927.

POLYBE, *Histoires*, Paris, Les Belles Lettres, 1961.

RAEDER Anton H., *L'arbitrage international chez les Hellènes*, Paris, Christiania, 1912.

REDSLOB Robert, *Histoire des grands principes du droit des gens*, Paris, Rousseau, 1923.

REGOUT Robert, *La doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, Paris, Pédone, 1935.

ROUSSEAU Charles, *Le droit des conflits armés*, Paris, Pédone, 1983.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Extraits du projet de paix perpétuelle de Monsieur l'abbé de Saint-Pierre*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1761.

SIMMA Bruno, *The Charter of the United Nations : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

de SOLAGES Bruno, *La théologie de la guerre juste : genèse et orientation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1946.

SOPHOCLE, *Antigone*, Paris, Librairie Générale française, 1991.

TACITE, *Annales*, Paris, Les Belles Lettres, 1953.

TAPARELLI D'AZEGLIO Luigi, *Essai théorique de droit naturel basé sur les faits*, Paris, Librairie internationale catholique, 1883.

TAVERNIER Paul, *Les casques bleus*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996.

TERENCE, « L'eunuque », *Comédies*, Paris, Garnier, 1948, vol. 1.

THOMAS D'AQUIN Saint, *Somme théologique*, Paris, Cerf, 1984, Ila Iiae

TOD Marcus N., *International arbitration amongst the Greeks*, Oxford, Oxford Univesity Press, 1913.

TRIBUNAL MILITAIRE INTERNATIONAL, *Procès des grands criminels de guerre*, Nuremberg, Secrétariat du Tribunal militaire international, 1949.

de VATTEL Emer, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, Aillaud, 1835.

VIRALLY Michel, *L'Organisation mondiale*, Paris, Armand Colin, 1972.

de VITORIA Francisco, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de guerre*, Genève, Librairie Droz, 1966.

de VITORIA Francisco, *Leçons sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1980.

de VITORIA Francisco, SUAREZ Francisco, *Vitoria et Suarez : contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939.

WALZER Michael, *Guerres justes et injustes*, Paris, Belin, 1999.

XENOPHON, *Helléniques*, Paris, Les Belles Lettres, 1954.

II. Articles de revues ou de sites spécialisées et rapports

AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapport 2005*, <http://web.amnesty.org/report2005/irq-summary-fra> .

AMNESTY INTERNATIONAL, *Rapport 2006*, <http://web.amnesty.org.report2006/irq-summary-fra> .

BENNOUNA Mohamed, « L'obligation juridique dans le monde de l'après guerre froide » *Annuaire Français de Droit International*, 1993.

CASSESE Antonio, « Weapons causing unnecessary suffering : are they prohibited ? », *Rivista di diritto internazionale*, 1975.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL DES NATIONS UNIES (CDI), *Annuaire de la Commission*, 1996-II.

COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *The Sirius Project, towards a determination of which weapons cause « superfluous injury or unnecessary suffering »*, Genève, Coupland, 1997.

COMITE INTERNATIONAL DE LA CROIX-ROUGE, *Les armes de nature à causer des maux superflus ou à frapper sans discrimination, Rapport sur les travaux d'un groupe d'experts*, Genève, Coupland, 1973.

DEPARTEMENT FEDERAL SUISSE DES AFFAIRES ETRANGERES, « Etude de la Direction du droit international public », 22 août 1995, *Revue suisse de droit international et européen*, 1996.

DUPUY Pierre-Marie, « Après la guerre du Golfe », *Revue générale de droit international public*, 1991.

de FONTETTE François, *Le procès de Nuremberg*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1996.

FRANCK Thomas, « Who killed Article 2(4) ? », *American journal of international law (AJIL)*, 64, 1970.

FRANCK Thomas, « Future implications of the Iraq conflict : What happens now ? The United-Nations after Iraq », *AJIL*, 23 juillet 2003.

GOODRICH Leland, « Korea : Collective Measures Against Aggression », *International Conciliation*, octobre 1953, n° 494.

HAUT COMMISSARIAT AUX REFUGIES DES NATIONS UNIES, « Les déplacements continuent et les besoins des populations augmentent », <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/irak?page=intro>.

HUMAN SECURITY CENTER, *Human security report 2005, War and peace in the 21st century*, Vancouver, University of British Columbia, 2005.

IOVANE Massimo, de VITTOR Francesca, « La doctrine européenne et l'intervention en Irak » *Annuaire français du droit international*, 2003, n° 49.

KELSEN Hans, « The Old and the New League : The Covenant and the Dumbarton Oaks Proposals », *AJIL*, janvier 1945, 39(1).

LE PEILLET Pierre, « Corée et Koweït, les deux guerres de l'ONU : leçons et perspectives », *Défense nationale*, novembre 1991, 47(11).

MECHAM John Lloyd, *The United States and Inter-American Security, 1889-1960*, Texas, University of Texas Press, 1967.

MINDUA Antoine D., « L'intervention armée de la CEDEAO au Libéria : illégalité ou avancée juridique ? », *Revue africaine de droit international et comparé*, 1995.

MYSYROWICZ Ladislav, « L'affaire de l'Alabama », <http://www.unige.ch/lettres/istge/mysy/alabama.html> .

RAMEL Frédérique, *Philosophie des relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002.

SELECT COMMITTEE ON FOREIGN AFFAIRS, *Fourth Report, Human Rights*, 26 mars 2005.

SMOUTS Marie-Claude, « Some Thoughts on International Organization and Theories of Regulation », *International Social Sciences Journal*, novembre 1993, n° 138.

de VILLEPIN Xavier, « Les premiers enseignements de l'opération 'Force alliée' en Yougoslavie ; Quels enjeux diplomatiques et militaires », *Rapport d'information du Sénat*, 1999, n° 464.

WALDOCK Humphrey, « The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law », *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 81, 1952-II.

III. Traités et autres accords internationaux

Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés ou malades dans les armées en campagne, 22 août 1864, R. T. Can. 1942 n° 6, (entrée en vigueur : 22 juin 1965).

Déclaration relative à l'interdiction de l'usage des balles explosives en temps de guerre, 11 décembre 1868, B. S. P. 56/16, (entrée en vigueur : 30 décembre 1868).

Convention pour le règlement pacifique des différends internationaux, 29 juillet 1899, R. T. Etats-Unis 392, (entrée en vigueur : 4 septembre 1900).

Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi des projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, 29 juillet 1899, B. S. P. 91/989, (entrée en vigueur : 4 septembre 1900).

Convention concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre, 18 octobre 1907, R. T. Can. 1942 n° 6, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, 18 octobre 1907, B. S. P. 100/314, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

Convention relative à l'ouverture des hostilités, 18 octobre 1907, B. S. P. 100/326, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, 18 octobre 1907, B. S. P. 100/38, (entrée en vigueur : 26 janvier 1910).

Pacte de la Société des nations, 28 juin 1919, B. S. P. 112/13, (entrée en vigueur : 10 janvier 1920).

Traité de paix entre les États-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France, l'Italie et le Japon et la Pologne, 28 juin 1919, B. S. P. 112/232, (entrée en vigueur : 10 janvier 1920).

Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, 17 juin 1925, R. T. Can. 1930 n° 3, (entrée en vigueur : 8 février 1928).

Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale, 27 août 1928, R. T. Can. 1929 n° 7, (entrée en vigueur : 24 juillet 1929).

Acte général pour le règlement pacifique des différends, 26 septembre 1928, R. T. Can. 1931 n° 4, (entrée en vigueur : 16 août 1929).

Convention de Montevideo sur les droits et les devoirs des Etats, 26 décembre 1933, 40 Nouveau recueil général des traités 434 (1943), (entrée en vigueur : 26 décembre 1934).

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R. T. Can. 1945 n° 7, (entrée en vigueur : 24 octobre 1945).

Convention créant une organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, 16 novembre 1945, R. T. Can. 1945 n° 18, (entrée en vigueur : 4 novembre 1946).

Traité de l'Atlantique Nord, 4 avril 1949, R. T. Can. 1949 n° 7, (entrée en vigueur : 24 août 1949).

Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des Forces armées sur mer, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les Forces armées en campagne, 12 août 1949, R. T. Can. 1965 n° 20, (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, 14 mai 1954, R. T. Can. 1999 n° 52, (entrée en vigueur : 7 août 1956).

Convention européenne portant loi uniforme d'arbitrage, 20 janvier 1966, STE n° 056, (non entrée en vigueur).

Acte final d'Helsinki de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, 1er août 1975, <http://fr.osce.org/images/stories/File/pdf/sommets/helpha75f.pdf>.

Premier protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits internationaux, 8 juin 1977, R. T. Can. 1991 n° 2, (entrée en vigueur : 7 décembre 1978).

Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 10 octobre 1980, R. T. Can. 1994 n° 19, (entrée en vigueur : 2 décembre 1983).

Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction, 13 janvier 1993, R. T. Can. 1997 n° 44 (entrée en vigueur : 20 avril 1997).

Protocole additionnel à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 13 octobre 1995, R. T. Can. 1998 n° 39, (entrée en vigueur : 30 juillet 1998).

IV. Documents des Nations Unies

UNITED NATIONS CONFERENCE ON INTERNATIONAL ORGANIZATION, « Compte-rendu de la deuxième séance du Comité III/3 », Doc. off. 140 ; III/3/4, 8 mai 1945, San Francisco, t. XII.

Procès verbal de la 462ème séance, le 13 janvier 1950, S/PV. 462.

Plainte pour agression contre la République de Corée, Doc. off. CS NU, 25 juin 1950, 473ème séance, Doc. NU. S/1501, Rés. CS 82.

Plainte pour agression contre la République de Corée, Doc. off. CS NU, 27 juin 1950, 474ème séance, Doc. NU. S/1511, Rés. CS 83.

Questions de l'indépendance de la Corée, Rés. AG 376 (V), Doc. off. AG NU, 5ème sess. (7 octobre 1950).

L'union pour le maintien de la paix, Rés. AG 377 (V), Doc. off. AG NU, 5ème sess. (3 novembre 1950).

Déclaration sur les relations amicales entre Etats, Rés. AG 2625 (XXV), Doc. off. AG NU, 25ème sess. (24 octobre 1970).

SECRETAIRE GENERAL DES NATIONS UNIES, *Règles en vigueur du droit international relatives à l'interdiction ou à la restriction de l'emploi de certaines armes*, 7 novembre 1973, Doc. off. NU. A/9215.

Définition de l'agression, Rés. AG NU 3314 (XXIX), Doc. off. AG NU, 29ème sess. (14 déc. 1974).

Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre, Rés. AG NU 43/131, Doc. off. AG NU, 43ème sess. (8 décembre 1988).

Irak et Koweït, Doc. off. CS NU, 29 novembre 1990, 2963ème séance, Doc. NU. S/RES/678.

Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre, Rés. AG NU 45/100, Doc. Off. AG NU, 45ème sess. (14 décembre 1990).

Iraq-Koweït, Doc. off. CS NU, 3 avril 1991, 2981ème séance, Doc. NU. S/RES/687.

Situation en Albanie, Doc. off. CS NU, 28 mars 1997, 3758ème séance, Doc. NU. S/RES/1101.

Koffi ANNAN, *Discours devant la 54^{ème} session de l'Assemblée générale*, 20 septembre 1999, Doc. off. NU. A/54/PV. 4.

La situation entre l'Irak et le Koweït, Doc. off. CS NU, 8 novembre 2002, 4644ème séance, Doc. NU. S/RES/1441.

La situation entre l'Irak et le Koweït, Doc. off. CS NU, 23 mai 2003, 4761ème séance, Doc. NU. S/RES/1483.

La situation entre l'Irak et le Koweït, Doc. off. CS NU. 16 octobre 2003, 4844ème séance, Doc. NU. S/RES/1511.

RAPPORT DU GROUPE DE PERSONNALITES DE HAUT NIVEAU, *Pour un monde plus sûr : notre affaire à tous*, 2004, Doc. off. NU. A/59/565.

V. Jurisprudence

Affaire de l'Alabama (Grande-Bretagne / Etats-Unis d'Amérique), Sentence arbitrale, Recueil des arbitrages internationaux, 14 septembre 1872, vol. II.

Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol, sentence arbitrale de Max HUBERT du 1^{er} mai 1925, Recueil des sentences arbitrales, vol. II.

Cour suprême du Massachussets, 29 octobre 1942, *Annual Digest of public international law cases (AD)*, 1941-42, 135.

Cour suprême de la Caroline du Sud, 27 avril 1943, *AD*, 1943-45, 99.

Cour suprême de l'Idaho, 17 janvier 1944, *AD*, 1943-45, 100.

Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), ordonnance du 9 avril 1949, [1949] C.I.J. rec. 4.

Shimoda et al. v. The State, Japan, District Crt. of Tokyo, 7 décembre 1963, *International law reports (ILR)*, 32, 634.

Milit. Pros. v. Omar Mahmud Kassen and others, Israël, Milit. Crt., Ramallah, 13 avril 1969, *ILR*, 42, 479.

Affaire du Personnel diplomatique et consulaires des Etats-Unis à Téhéran, arrêt du 24 mai 1980, [1980], C.I.J. Rec. 3, n° 93.

Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 27 juin 1986, [1986] C.I.J. rec. 14.

Affaire de la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996, [1996] C.I.J. rec. 226.

Affaires des Plates-formes pétrolières, arrêt du 6 novembre 2003, [2003] C.I.J. rec. 161.

VI. Articles de journaux ou de revues non spécialisés

BASSIR POUR Asfané, « L'ONU rejette une résolution russe demandant l'arrêt des bombardements », *Le Monde*, 28-29 mars 1999.

CLAIREMONTE Frederick F., « Les véritables raisons de la destruction d'Hiroshima », *Le Monde Diplomatique*, août 1990.

CONFERENCE EPISCOPALE DES ETATS-UNIS, « Le fruit de la justice semé dans la paix », *La documentation catholique*, Paris, Bayard presse, 20 février 1994, n° 2088.

CONFERENCE EPISCOPALE DES PHILIPPINES, *La Documentation catholique*, Paris, Bayard presse, 20 mars 1986, n° 1914.

DERON Francis, « La Chine redoute un précédent dangereux », *Le Monde*, 27 mars 1999.

FOLLEREAU Raoul, « Donnez-moi un avion », *Lettre ouverte aux présidents américain et soviétique*, http://www.raoul-follereau.org/qui_sommes_nous/raoul_follereau.html

LAMPIERRE Luc, « L'ONU en marge des opérations », *Libération*, 26 mars 1999.

PIE XII, « Discours du 30 septembre 1954 à l'Association médicale mondiale », *La documentation catholique*, Paris, Bayard presse, 1954.